



red
rosso
5

Département des Sciences juridiques

**LES GARANTIES PROCEDURALES
EN DROIT COMMUNAUTAIRE**
Recherches sur la procédure et le bon gouvernement

Loïc AZOULAI

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

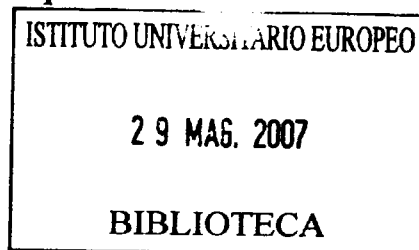
LAW
ECK9
AZO

Florence, décembre 2000



INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
Département des Sciences juridiques

5
R.



LES GARANTIES PROCEDURALES EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Recherches sur la procédure et le bon gouvernement

Loïc AZOULAI

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Membres du jury :

Prof. Joël RIDEAU, Directeur de thèse/extérieur, Université de Nice-Sophia-Antipolis,
Membre de l'Institut Universitaire de France
Prof. Renaud DEHOUSSE, Directeur de thèse IUE, Institut d'Etudes Politiques de Paris
Prof. Mario CHITL, Université de Florence
Prof. Fabrice PICOD, Université Panthéon-Assas de Paris II
Prof. Jacques ZILLER, Institut Universitaire Européen de Florence

© 2000, Loïc Azoulai

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite
ou distribuée sans la permission préalable de l'auteur



INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN

Département des Sciences juridiques

LES GARANTIES PROCEDURALES EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Recherches sur la procédure et le bon gouvernement

Thèse soumise à l'appréciation du jury en vue de l'obtention du Doctorat en Droit
de l'Institut Universitaire Européen

par

Loïc AZOULAI

IUE, Florence, décembre 2000

LES GARANTIES PROCEDURALES EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Recherches sur la procédure et le bon gouvernement

Thèse soumise à l'appréciation du jury en vue de l'obtention du Doctorat en Droit
de l'Institut Universitaire Européen

présentée et soutenue publiquement
par

Loïc AZOULAI

JURY :

Directeurs de thèse :

M. Joël RIDEAU, Professeur à l'Université de Nice-Sophia-Antipolis, Membre de l'Institut Universitaire de France

M. Renaud DEHOUSSE, Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris

Suffragants :

M. Mario CHITI, Professeur à l'Université de Florence

M. Fabrice PICOD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas de Paris II

M. Jacques ZILLER, Professeur à l'Institut Universitaire Européen de Florence

Nous devons renoncer à nommer les paroles enseignées, les leçons apprises et qui cheminent longtemps, l'entente toujours maintenue de l'amitié, les communautés de pensée, la précaution de paroles attentionnées, les présences les plus chères et les plus familières. Qu'elles trouvent dans ce travail une part du don qu'elles nous ont fait. Ce travail n'exprime rien d'autre que leurs présences conjuguées.

Je remercie tout spécialement Monsieur le Professeur Joël Rideau, qui a accueilli cette recherche alors qu'elle n'était que balbutiante, et l'a depuis constamment soutenue et accompagnée, par sa rigueur et par son exemple. Je voudrais adresser mes plus vifs remerciements à Monsieur le Professeur Renaud Dehousse pour m'avoir permis de partager ses préoccupations scientifiques et pour l'intérêt qu'il a sans cesse témoigné à ce travail. J'exprime ma sincère reconnaissance à Monsieur le Professeur Fabrice Picod qui a contribué par son soutien à l'achèvement de cette thèse. Je voudrais enfin remercier Monsieur le Professeur Jacques Ziller pour l'attention et la disponibilité qu'il m'a, avec une constante gentillesse, accordées.

Monsieur le Professeur Christian Joerges et Monsieur le Professeur Massimo La Torre sauront tout ce que cette étude doit à leur travail et à leurs échanges.

Nous voudrions associer à ce travail l'Académie européenne de théorie du droit ainsi que le Centre de droit économique de l'Université de Nice qui initièrent ces recherches. Nous devons à Gérard Farjat de nous avoir offert l'exemple de la liberté dans l'étude du droit, à François Ost de nous avoir ouvert l'horizon des langages et des disciplines, à Jean-Jacques Sueur de nous avoir donné la preuve de la discrétion dans le travail et dans l'intelligence. Laurence Boy, par ses encouragements répétés, a beaucoup aidé à l'accomplissement de cette tâche.

Ce travail a bénéficié d'une bourse Lavoisier du Ministère des Affaires Etrangères et des conditions de travail de l'Institut Universitaire Européen de Florence. La Faculté Jean Monnet de Saint-Etienne a accueilli sa réalisation finale. Qu'ils soient assurés de notre gratitude.

La justice est un droit à la parole

Emmanuel Levinas

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Première Partie. LE DEVELOPPEMENT DU FORMALISME PROCEDURAL AU SEIN DE LA REGULATION ECONOMIQUE

Titre I. L'importation des garanties procédurales

Chapitre I. La nature de la régulation économique

Section I. Le modèle du « droit antitrust »

Section II. Les autres procédures de concurrence

Section III. La procédure comme mode de régulation

Chapitre II. Les caractères de l'ordre administratif communautaire

Section I. Le régime dualiste de l'ordre administratif

Section II. La nature discrétionnaire du pouvoir administratif

Section III. Le caractère quasi-juridictionnel de la procédure

Chapitre III. La signification de la protection procédurale

Section I. Une protection incomplète

Section II. Une protection ambivalente

Titre II. La réalisation des garanties procédurales

Chapitre I. Le fondement du droit d'être entendu

Section I. Le principe général des droits de la défense

Section II. Extension et limites du principe des droits de la défense

Section III. Le contenu du droit d'être entendu

Chapitre II. Les progrès du droit d'être informé

Section I. La communication des griefs

Section II. L'accès au dossier

Chapitre III. L'inflation de la motivation

Section I. L'obligation de motivation

Section II. L'ascension du principe d'impartialité

Titre III. L'adaptation des garanties procédurales

Chapitre I. La protection dans les procédures

Section I. La procédure d'enquête préalable

Section II. Les procédures informelles

Section III. Les procédures d'urgence

Chapitre II. Les personnes protégées

Section I. Les droits procéduraux des tiers

Section II. Le droit au recours des tiers

Chapitre III. Le contrôle juridictionnel

Section I. Le contrôle des actes procéduraux

Section II. La sanction des irrégularités procédurales

Conclusion de la première partie

Deuxième Partie. L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE LEGITIMITE PROCEDURALE DANS LA REGULATION ECONOMIQUE ET SOCIALE

Titre I. L'essor des politiques régulatrices

Chapitre I. La nature de la régulation sociale

Section I. La régulation du risque

Section II. L'émergence de la régulation sociale au sein du Marché commun

Section III. Les principes de la régulation sociale

Chapitre II. L'ordre administratif de la régulation sociale

Section I. La mutation des instruments normatifs

Section II. La dynamique institutionnelle de la régulation sociale

Section III. La légitimité de l'action administrative

Chapitre III. La place du formalisme procédural

Section I. Une transposition ambiguë

Section II. Les politiques procédurales

Section III. Un « retour au droit » ?

Titre II. L'ouverture du processus de décision

Chapitre I. Les procédures d'expertise

Section I. La prépondérance de « l'analyse de risque »

Section II. Les garanties juridiques de l'expertise

Chapitre II. Les procédures de participation

Section I. Le développement du « dialogue civil »

Section II. La participation impartiale

Chapitre III. Les procédures de comités

Section II. L'efficacité des procédures de coordination administrative

Section II. La recherche de nouvelles « modalités » procédurales

Titre III. La construction du « bon gouvernement »

Chapitre I. La procédure et l'action

Section I. La technique de l'enquête

Section II. Le droit de la « contre-enquête »

Chapitre II. La procédure et les institutions

Section I. Vers une procédure impartiale

Section II. Vers un nouvel équilibre institutionnel

Section III. La justice dans la procédure

Conclusion générale

Index

Bibliographie

Table des matières

Note. Les articles du traité sont cités en suivant la nouvelle numérotation. Lorsque l'ancienne numérotation est utilisée, la nouvelle numérotation se trouve entre crochets [].

INTRODUCTION

1. Les procédures progressent partout, dit-on¹. Pour le juriste, le terme de ce mouvement est la réalisation de la justice procédurale². Les progrès de la procédure ne sont pas absents du droit communautaire. Mais ils rencontrent là une forte opposition de faits, d'intérêts et de logiques non juridiques. Cette étude traite de cette difficulté. Elle porte sur les procédures administratives. Il s'agit d'observer, en effet, comment se développent les procédures juridiques au sein de l'action administrative et dans un contexte économique complexe.

2. Il y a deux manières d'envisager cette question: soit à partir d'une perspective de droit économique, soit à partir d'une perspective de droit administratif. A ce double point de vue correspond un double langage: l'un part de « l'allocation de biens »³, l'autre est tourné vers la « formulation de l'intérêt général »⁴. Entre ces deux langages, le droit communautaire soutient une constante tension. Il demande à être étudié simultanément par les deux bouts⁵. Mais il est un point sur lequel ces deux points de vue se rencontrent: la « multiplication » et la « mutation » des procédures. Le droit de l'intégration économique révèle un déplacement du point de gravité du droit de l'administration, qui migre du contenu de l'acte vers sa procédure d'édition⁶.

¹ Ces progrès de la procédure s'observent semble-t-il dans tous les champs scientifiques, philosophique et politique (J.-M. FERRY, *PHILOSOPHIE DE LA COMMUNICATION. Justice politique et démocratie procédurale*, Cerf, Paris, 1994), éthique (J. GREENBERG & R.L. COHEN, *EQUITY AND JUSTICE IN SOCIAL BEHAVIOR*, Academic Press, New York, 1992; E.A. LIND & T.R. TYLER, *THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE*, Plenum Press, New York, 1988), économique et social (H.A. SIMON (ed.), *MODELS OF BOUNDED RATIONALITY*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), 1997; J.-P. DUPUY & P. LIVET (éds.), *LES LIMITES DE LA RATIONALITE*, La Découverte, Paris, 1997). Cette richesse de significations (« démocratie », « justice », « rationalité » *procédurales*) rejaillit sur le droit. Il s'ensuit parfois une confusion dans l'utilisation de la notion juridique de procédure et dans celle, dérivée, de « procéduralisation » (A. JEAMMAUD, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 47-72).

² Cf. S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, *Justices*, nouvelle série, 1999, 91-130; M. CAPPELLETTI, *Trends of "Procedural Justice" in Contemporary Europe*, in *RECHTSSTAAT UND MENSCHENWÜRDE FESTSCHRIFT FÜR WERNER MAIHOFFER*, A. Kaufmann, E.J. Mestmäcker, H.F. Zacher (ed.), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1988, 61-73; plus précisément en matière de contentieux administratif, M. FROMONT, *Les dernières réformes du contentieux administratif en Europe: les exemples de la Suède, de l'Autriche et des Pays-Bas*, in *ETUDES OFFERTES A J.M. AUBY*, Dalloz, Paris, 1992, 515-528.

³ Dans cette perspective se place l'ouvrage d'E. PUTMAN, synthétisant les efforts récents de nombreux auteurs pour dégager la cohérence d'un nouveau *droit processuel économique* (*CONTENTIEUX ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 1998).

⁴ C'est la perspective adoptée par le récent *Rapport public* du Conseil d'Etat français, consacrant une longue analyse à « l'intérêt général » dans le contexte de l'apparition de nouveaux acteurs et de la doctrine de la régulation (EDCE, n° 50, 1999, not. 239-357).

⁵ Comp. ainsi H.W. MICKLITZ & S. WEATHERILL, *EUROPEAN ECONOMIC LAW*, Dordmouth, Aldershot, 1997; et J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, London, Luxembourg, 1992.

⁶ Sur la centralité de l'acte administratif unilatéral dans la doctrine classique du droit de l'administration, J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore?*, Dalloz, 1998, 327-333. Pour une perspective historique, B. SORDI, *TRA WEIMAR E VIENNA. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, not. 47 et ss. Pour une perspective de théorie générale, M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, 157-196.

Cette étude se trouve au croisement des politiques de la régulation, des institutions administratives et des règles procédurales. Aussi convient-il de s'arrêter brièvement sur ces trois points.

REGULATION

3. Les inspirateurs du traité de Rome firent reposer le processus d'intégration économique sur la politique de concurrence. Celle-ci concerne traditionnellement les secteurs dans lesquels « l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence »⁷. Mais il est clair que le droit de la concurrence déborde les clivages sectoriels. Il doit être regardé comme « le "droit constitutionnel" d'un marché transcendant les frontières nationales »⁸.

4. Le Rapport Spaak assigne à l'origine aux règles de concurrence l'élimination de la « discrimination », suivant la nationalité, en vue de la création d'un « marché commun véritable »⁹. Mais, à mesure que le Marché commun s'est développé et consolidé, la perspective s'est modifiée: « l'accent que les auteurs du traité ont mis sur l'importance de la liberté des courants commerciaux interétatiques, au moyen du critère de l'incidence de la restriction de concurrence entre les Etats s'explique historiquement par la fonction initiale du traité, relative à la concurrence, qui était de contribuer au démantèlement des entraves qui existaient traditionnellement dans le commerce entre les différents Etats de la Communauté ». Or, dans « un marché plurinational unifié », « l'intérêt communautaire (...) n'est pas simplement d'éviter le compartimentage du territoire de la Communauté en marchés nationaux isolés, mais désormais de maintenir de saines conditions de la concurrence au niveau du marché commun »; il s'agit d'une « référence non pas à des frontières et à des territoires géographiques étatiques », mais « dans une perspective plus large, en tenant compte de l'ensemble de l'économie communautaire »¹⁰. Ainsi se mit progressivement en place, par le droit, « l'infrastructure d'une société dénationalisée »¹¹: espace fonctionnel des affaires et des échanges économiques. Dans cet espace, la perspective d'un marché unique, ouverte en 1986 par l'Acte unique européen, va favoriser le développement des pratiques anticoncurrentielles. La Commission se saisit de ce moment pour renforcer les instruments de son contrôle. De là vient l'extension de ses pouvoirs en matière de contrôle des opérations de concentration¹², de contrôle des aides publiques¹³ ou d'antidumping¹⁴.

⁷ Préambule du Traité de Rome.

⁸ A. PROVANO, *Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple: la régulation de l'ordre concurrentiel*, Justices, 1995, n° 1, 19.

⁹ Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine, *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères*, Bruxelles, 1956, 53 et ss. En ce sens, l'avocat général Lagrange déclare que « l'application des règles des dispositions des articles 85 [81] et suivants constitue l'une des conditions — et l'une des plus importantes — nécessaires à l'établissement progressif du marché commun, et non pas seulement une modalité de son fonctionnement » (Conclusions dans l'affaire *De Geus/Bosch* (aff. 13/61), [1962], Rec. 128-129).

¹⁰ Conclusions de l'avocat général Trabucchi dans l'affaire *Papiers Peints/Commission* (aff. 73/74), [1975] Rec. 1522-1524.

¹¹ J.-M. FERRY, *Une philosophie de la Communauté, DISCUSSION SUR L'EUROPE*, Calmann-Levy, Paris, 1992.

¹² Cf. E. SCHWARTZ, *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control*, Yale Journal of International Law, 1993, 607-662.

5. Mais pour qu'apparaissent « de nouveaux acteurs et une nouvelle structure sociétale au niveau européen »¹⁵, il faudra attendre que la Communauté s'engage dans de nouvelles compétences. Les politiques communautaires de l'environnement, de la sécurité, de la santé et de la protection des consommateurs suivent des chemins parallèles et souvent croisés. L'établissement de ces politiques fut l'ouvrage lent et graduel des besoins et des circonstances. L'intérêt de développer des compétences communautaires en ces matières avait été remarqué très tôt, mais ce n'est guère qu'avec l'Acte unique que la nécessité s'en fit sentir. On s'est alors efforcé d'approfondir et de compléter la construction du marché commun, et la consécration progressive des politiques de la régulation sociale est le résultat de ces efforts¹⁶. Dès lors pouvait se dessiner, à côté du développement des relations *verticales* entre l'Union et ses Etats membres, un réseau « de relations *horizontales*, constituées par des organisations, associations (...), acteurs économiques, sociaux et techniques » au niveau européen¹⁷.

6. Dans les deux sens, ces relations sont le produit du droit¹⁸. A côté du « *droit de l'intégration* »¹⁹, on voit ainsi se former un « *droit de la régulation* » traduisant « une plus grande ouverture du processus normatif à la société civile »²⁰. Cette référence importée des Etats-Unis se résume en une formule: « ni laissez-faire, ni interventionnisme »²¹. En simplifiant les choses,

¹³ Aujourd'hui, la Commission estime que le renforcement du contrôle des aides dans un marché intérieur intégrant certaines exigences de protection sociale est une exigence prioritaire. Ce contrôle pénètre à présent dans les activités et les secteurs de service public. On note ces dernières années un accroissement des procédures engagées par la Commission et un développement impressionnant du contentieux des aides ces dernières années.

¹⁴ « L'expression "dumping" est généralement définie comme signifiant "la vente à l'exportation, à des prix plus bas que ceux qui sont faits, à la même époque et dans les mêmes circonstances, aux acheteurs du marché intérieur" » (J.-F. BELLIS, *La réglementation anti-dumping de la Communauté économique européenne*, CDE, 1979, 495). Les contrôles antidumping se développent parallèlement à la politique de concurrence, comme une partie de la politique commerciale commune. A la suite d'une harmonisation internationale effectuée dans le cadre du GATT (Code antidumping conclu le 30 juin 1967), la CEE se dota d'un règlement antidumping en 1968 (JOCE 1968, L 93/1). Cette législation ayant souffert de son imprécision et d'un régime trop contraignant fut remplacée en 1979 par une nouvelle réglementation (JOCE 1979, L 339/1). A partir des années 80, les contrôles ont beaucoup progressé, en dépit d'appels pour renforcer encore l'efficacité des instruments administratifs (J. BOUDANT, *L'ANTI-DUMPING COMMUNAUTAIRE*, Economica, Paris, 1991, 260 et ss.).

¹⁵ D. SIDJANSKI, *L'AVENIR FEDERALISTE DE L'EUROPE*, PUF, Paris, 1992, 190.

¹⁶ Voir R. DEHOUSSE & al., *EUROPE AFTER 1992. New Regulatory Strategies*, EUI, WP Law, 92/3, Florence, 1992.

¹⁷ D. SIDJANSKI, *op. cit.*, 189-193; v. également D.M. CURTIN, 'Civil Society' and the European Union: Opening Spaces for Deliberative Democracy?, *COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW*, Vol. VII, Book 1, 1996.

¹⁸ Cf. R. DEHOUSSE, *L'Europe par le droit: plaidoyer pour une approche contextuelle*, Politique européenne, 2000, n° 1, 63-83; J.H.H. WEILER, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, JCMS, 1992, 40-56.

¹⁹ P. PESCATORE, *LE DROIT DE L'INTEGRATION. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Sijthoff, Leiden, Genève, 1972.

²⁰ Cf. L. COHEN-TANUGI, *Une doctrine pour la régulation*, *Le Débat*, nov-déc. 1988, 581.

²¹ Le terme de régulation sociale est introduit par les auteurs américains pour décrire les fonctions des nouvelles agences administratives créées dans les années soixante-dix. Tandis que les Agences existantes et parfois anciennes (la première Commission fédérale indépendante est établie par l'*Interstate Commerce Act* de 1887) poursuivaient essentiellement des objectifs économiques, les nouvelles Agences sont chargées de la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement. Les pouvoirs attribués à ces Agences ont donc des effets nouveaux et très étendus (le terme est utilisé dès 1977 par W. LILLEY & J.C. MILLER, *The New 'Social Regulation'*, *Public Interest*, 1977, n° 47, 49-61; pour un excellent exposé général, C.S. SUNSTEIN, *AFTER THE RIGHTS REVOLUTION*.

disons que la régulation se distingue de la réglementation de l'Etat-providence par le fait qu'elle ne vise pas une planification totale et dirigiste de l'économie, mais se contente de « corriger diverses formes de "déficiency du marché" ». Mais, expression d'un « libéralisme modéré »²², la construction du marché commun ne repose pas non plus sur l'individu, son autonomie privée et sa liberté absolue; elle repose sur l'organisation juridique et l'administration des activités économiques et sociales du marché²³. Le passage à la *régulation* fait partie d'une transformation plus générale des structures des sociétés libérales²⁴.

7. Tel est le concept: les sciences politiques et économiques l'ont mis en pleine lumière²⁵. L'explication de ce concept doit maintenant être recherchée dans le droit²⁶. Or, le cadre communautaire est favorable à une telle recherche. Non que la régulation soit propre à la Communauté. Mais, à ce niveau, elle peut être appréhendée d'une manière positive et réfléchie²⁷, tandis que, dans le cadre national, on continue à se la représenter sous un aspect négatif et souvent marginal²⁸.

8. Le développement de la régulation maintient — il est vrai — une ambiguïté²⁹. Le droit communautaire voit s'affronter deux types de rationalités contradictoires: logique de l'intégration

Reconceiving the Regulatory State, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, not. 47-73). Au sein de la *régulation économique*, la politique de concurrence est dominante. Mais il faudrait encore distinguer entre régulation générale et régulation sectorielle. Le droit communautaire évolue désormais vers de nouvelles réglementations sectorielles, là où, précisément, la politique de concurrence est impuissante à agir. Dans les secteurs libéralisés, en pleine expansion, tels que les télécommunications, l'électricité, et tous les domaines de l'innovation technologique, il semble que les instruments généraux de la concurrence ne suffisent plus. Une autre forme de régulation est nécessaire. Dès lors, l'articulation entre ces types de régulation devient une question importante (L. COHEN-TANUGI, *L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence*, Petites affiches, 10 juillet 1998, n° 82, 26).

²² J.-F. KERVEGAN, *Y a-t-il une philosophie libérale? Remarques sur les œuvres de J. Rawls et F. von Hayek*, Rue Descartes, Collège international de philosophie, 1992, n° 3, 51-75; v. également T. LOWI, *THE END OF LIBERALISM. Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*, Norton & Company, New York, 1969, not. 20.

²³ Comp. R. BARENTS, *THE AGRICULTURAL LAW OF THE EC. An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, Kluwer, Deventer, 1994.

²⁴ Sur cette question, on lira avec profit C. OFFE, *MODERNITY AND THE STATE*, Polity Press, Cambridge (Mass.), 1996.

²⁵ Cf. B. JOBERT & J. COMMAILLE (éds.), *LES METAMORPHOSES DE LA REGULATION POLITIQUE*, LGDJ, Paris, 1998; L. BOYER & Y. SAILLARD, *THEORIE DE LA REGULATION: L'ETAT DES SAVOIRS*, La Découverte, Paris, 1995.

²⁶ Pour une première tentative, W. FRIEDMANN, *THE STATE AND THE RULE OF LAW IN A MIXED ECONOMY*, Stevens, London, 1971.

²⁷ Une référence est devenue incontournable: G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996.

²⁸ Voy. cependant J. CHEVALLIER, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justices, 1995, n° 1, 81-90; M. MIALLE (éd.), *LA REGULATION ENTRE DROIT ET POLITIQUE*, Université de Montpellier I, L'Harmattan, Paris, 1995. Pour une analyse de théorie juridique, G. TMSIT, *L'ARCHIPEL DE LA NORME*, PUF, Paris, 1997, not. 161-232.

²⁹ On peut sans doute élever des doutes quant à la pertinence de cette terminologie en langue française (Cf. R. SAINT ESTEBEN, *Intervention*, Petites affiches, 10 juillet 1998, n° 82, 21). Il est vrai que l'introduction de ce terme dans le vocabulaire juridique a provoqué quelques confusions. En particulier, la distinction entre « réglementation » et « régulation » n'a pas toujours été clairement opérée. Comme le souligne J.-J. SUEUR, « il y aurait beaucoup à dire sur l'ambiguïté de ce concept tantôt utilisé pour désigner un certain type d'actes ou d'opérations accomplies sur un marché, soit comme succédané des idées d'ordre ou de système juridique; les instances de régulation recouvrent en fait ces deux acceptions du mot régulation, comme *éléments d'une*

du marché et logique de l'administration bureaucratique³⁰. D'un côté, il est impossible de ranger le développement du droit communautaire sous le modèle rousseauiste de la nation comme « espace souverain », qui suppose la domination du politique sur l'économique. A cet égard, il est plus juste de parler d'une « Communauté de marché »³¹, proche de « l'espace de marché » défini par Adam Smith, disposant d'un « droit propre, privé, économique et social, et *quasi-politique* »³². Mais, d'un autre côté, « ce qu'Adam Smith n'avait pas prévu, c'est l'extraordinaire développement technocratique impliqué par la « police de marché » »³³, et la création d'un droit administratif de la régulation économique et sociale.

ADMINISTRATION

9. Ce développement eut pour effet de provoquer un surcroît d'intérêt pour le droit administratif communautaire: « *ce qui a réellement poussé au développement d'un droit administratif pour l'Union, ce sont les politiques de la régulation* »³⁴. L'Administration communautaire acquiert en effet une fonction primordiale, non seulement en vue d'« assurer le fonctionnement et le développement du marché commun », mais, bien plus, pour animer le processus de construction du marché (« *market-building* »³⁵).

10. Cette évolution n'était pas donnée à l'origine. La tradition juridique européenne a toujours combattu l'idée d'une « administration engagée »³⁶. La tendance naturelle des Etats fondateurs les portaient à donner au Conseil un rôle prioritaire dans la conduite de la politique de concurrence; l'application des règles communautaires devait appartenir aux Etats membres. Cependant, il apparut bientôt que, pour mettre en œuvre ces règles dans des cas individuels et complexes, les pouvoirs d'une autorité administrative supranationale étaient nécessaires. Cette tâche fut déléguée à la Commission³⁷. L'administration communautaire naquit véritablement avec l'adoption du Règlement 17/62 du 13 mars 1962 instaurant un système de contrôle centralisé et confiant à la Commission des pouvoirs importants. Ainsi s'annonce le double mouvement qui va exclure le Conseil de la gestion de la politique de la concurrence et étendre sans cesse le rôle de la Commission. Que la Communauté ait hésité d'abord entre plusieurs voies, cela n'est pas

régulation non marchande du marchand » (Ambiguïté du droit économique (à propos de deux ouvrages récents), RIDE, 1998, 345, n. 31; nous soulignons).

³⁰ Cf. C. JOERGES, *European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in *EUROPE AFTER MAASTRICHT: AN EVER CLOSER UNION?*, R. Dehousse (ed.), Beck, München, 1994, 29-62; du même auteur, *The Market Without the State? States Without the Market? Two Essays on the Law of the European Economy*, EUJ WP Law, 96/2, Florence, 1996.

³¹ L'expression est de R. LECOURT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, in *L'EUROPE ET LE DROIT. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, 349-361.

³² G. DUPRAT, *Europe et Démocratie*, Philosophie politique, 1991, n° 1, 144.

³³ M.-A. HERMITTE, *Fabriquer, jusqu'au bout, l'homme de marché?*, Le Monde diplomatique, janvier 1991, 32.

³⁴ M. SHAPIRO, *Codification of Administrative Law: The US and the Union*, ELJ 1996, 42.

³⁵ Cf. W. STREECK, *From Market-Making to State-Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy*, in *EUROPEAN SOCIAL POLICY. BETWEEN FRAGMENTATION AND INTEGRATION*, S. Leibfried & P. Pierson (eds), Brookings, Washington, 1995, 389-431.

³⁶ Voy. pourtant E. NOEL, *Une administration engagée*, in *L'ADMINISTRATION A L'HEURE DU CHOIX*, J. Jamar & W. Wessels (éd.), Collège d'Europe, Bruges, 1985, 5-7.

³⁷ Commission des C.E., *Deuxième Rapport général sur l'activité de la Communauté* (1958-1959), 1959, 83 et ss.

douteux³⁸. Mais c'est vers le modèle d'une régulation reposant sur la procédure administrative qu'elle s'orienta³⁹. Ce modèle donnera naissance à une *Administration directe et "juridictionnalisée"*⁴⁰.

11. Dans d'autres conditions émerge la régulation sociale. Née presque "clandestinement" dans les années soixante-dix, développée dans les années quatre-vingt et consacrée dans les années quatre-vingt-dix, elle doit alors compter avec deux principes fondamentaux de la construction européenne: l'intégration économique et la subsidiarité. D'un côté, la régulation sociale essaie de concilier les objectifs économiques du marché et la protection sociale. Elle cherche à promouvoir de nouveaux produits et de nouveaux processus conformes à certains standards de protection. Aussi nécessite-t-elle le support d'une autorité experte et efficace: la Commission⁴¹. Mais, d'un autre côté, la subsidiarité qui caractérise les politiques de la régulation sociale subordonne l'exercice de ces compétences à la collaboration des autorités nationales. La conjugaison de ces deux principes est à l'origine de nombreuses innovations institutionnelles. On assiste moins, en ce domaine, à l'émergence d'une nouvelle administration directe qu'à l'instauration de formes complexes de *co-exécution*⁴².

12. Comment se fait-il que ces développements aient été pratiquement occultés dans la plupart des études sur l'intégration? L'équilibre institutionnel communautaire reposant sur une « conception essentiellement législative » de l'intégration laissait peu de place à l'administration⁴³. Il faut considérer en effet que « les administrations nationales sont appelées à jouer un rôle important dans la mesure où l'administration communautaire n'est qu'exceptionnellement une administration de terrain. Si l'exécution normative est assurée, selon les cas, par les autorités communautaires seules ou par les autorités communautaires et nationales conjointement ou par les seules autorités nationales, l'exécution administrative repose pour

³⁸ Pour une vue générale, D.J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law*, Harvard International Law Journal, 1994, 97-147.

³⁹ C'est ainsi la « voie autrichienne » qui fut préférée à la « voie américaine »: v., sur ce point, D.J. GERBER, *The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria*, The American Journal of Legal History, 1992, 405-440. L'auteur remarque ainsi: « This view [la vue autrichienne] of competition law contrasts sharply with the tendency in U.S. antitrust law to employ conceptual and procedural molds of criminal and civil law to deal with competition law issues. The European competition law tradition relies instead on administrative processes to apply and enforce competition laws. Virtually every European competition law system relies primarily on administrative decisionmaking and enforcement, leaving little, if any, room for the operation of the regular courts. This reliance on administrative processes influences many other aspects of the system, such as, for example, the type of norms that are created and the factors that influence their application » (439).

⁴⁰ J. REILLER observe ainsi que « la distinction classique entre les fonctions de juger et d'administrer s'estompe à force de mimétisme réciproque: l'exercice de l'autorité administrative emprunte de plus en plus ses modes aux procédures contentieuses tandis que la fonction de juger tient un compte croissant des contraintes normatives et des politiques publiques. C'est sans doute la régulation qui peut ainsi être invoquée en facteur commun » (*Régulation administrative, régulation judiciaire... régulation globale?*, Justices, 2000, n° 2, 71-79).

⁴¹ En ce sens, V. EICHENER, *Social Dumping or Innovative Regulation? Processes and Outcomes of European Decision-Making in the Sector of Health and Safety at Work Harmonization*, EUI, WP SPS, Florence, 92/28, 1992, 39-40.

⁴² E. CHITL, *The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies*, CMLR, 2000, 309-343. Pour une présentation générale, E. PREVIDI, *Making and Enforcing Policy in the Single Market*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1997, 69-90.

l'essentiel sur les administrations nationales qui se trouvent ainsi concernées par les traités constitutifs, et plus généralement par le droit communautaire, qui entrent dans l'ensemble des textes dont elles doivent assurer la mise en œuvre »⁴⁴. L'administration communautaire doit ainsi être considérée principalement comme une administration de conception, non d'exécution⁴⁵. Distinction qui, au sein de la Communauté, a presque valeur d'axiome⁴⁶. Que la Commission dispose d'un certain pouvoir d'exécution directe, il faut bien l'admettre, mais il est limité et, en tout cas, subsidiaire⁴⁷. Telle est la conception originale que la Communauté se fait du « fédéralisme exécutif »⁴⁸.

13. La dimension administrative de la Communauté est cependant devenue une évidence à partir des années quatre-vingt-dix⁴⁹. Elle trouve sa source à l'article 211 CE: « En vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission veille à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci ». De cette disposition, on retient généralement la fonction de surveillance à l'égard des autorités nationales et communautaires⁵⁰. Mais elle signifie également que l'exécutif

⁴³ G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 37.

⁴⁴ J. RIDEAU, *Traités constitutifs et Administrations dans l'Union et les Communautés européennes*, AEAP, 1993, 240.

⁴⁵ Cf. M. BLANQUET, *L'ARTICLE 5 DU TRAITE C.E.E. Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, LGDJ, Paris, 1994, 47 et ss.; v. également J.-V. LOUIS, *Un gouvernement pour la Communauté européenne*, in *PRESENCE DU DROIT PUBLIC ET DES DROITS DE L'HOMME. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, t. I, 177-191.

⁴⁶ Voy. par ex. P. PESCATORE, *L'exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome*, CDE, 1978, 387-406. La Déclaration relative au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexée au traité d'Amsterdam réaffirme que « la mise en œuvre, sur le plan administratif, du droit communautaire, incombe par principe aux Etats membres conformément à leur régime constitutionnel ». Elle ajoute toutefois que « les compétences en matière de surveillance, de contrôle et de mise en œuvre conférée aux institutions communautaires conformément aux articles 202 et 211 du traité instituant la Communauté européenne ne sont pas affectées ».

⁴⁷ Il en résulte qu'en pratique ce pouvoir fléchit devant le principe selon lequel, en l'absence d'une disposition contraire du droit communautaire, il appartient aux Etats membres d'assurer l'exécution des réglementations communautaires (en ce sens, CJCE, 23 novembre 1995, *Nutra/Commission*, C-476/93 P, I-4125; Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 12 octobre 1995, not. § 17, I-4131).

⁴⁸ Cf. K. LENAERTS, *Regulating the regulatory process: 'Delegation of powers' in the European Community*, ELR, 1993, 28; du même auteur, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *The American Journal of Comparative Law*, 1990, 205-263. Ajoutons que, traditionnellement, le droit administratif est fortement lié au droit public étatique: reconnaître au sein de la Communauté un instrument d'intervention administratif, c'est lui reconnaître un caractère étatique supranational, difficilement conciliable avec la permanence des souverainetés nationales et le maintien d'une idéologie ouvertement libérale de l'intégration européenne (Sur ce point, G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, RIDPC, 1991, 351-370).

⁴⁹ Les études portent à la fois sur les organes (S. CASSESE (dir.), *L'ADMINISTRATION EUROPEENNE*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruxelles, 1987, not. l'étude très riche de D. BERLIN, *Organisation et fonctionnement de la Commission des Communautés européennes*, 21-442; M. CINI, *THE EUROPEAN COMMISSION: Leadership, Organization and Culture in the EU Administration*, Manchester University Press, Manchester, 1996), et sur les normes (M. AIROLDI, *LINEAMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO COMUNITARIO*, Giuffrè Editore, Milano, 1990; J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, Luxembourg, 1992; M.P. CHITL, *DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO*, Giuffrè Editore, Milano, 1999).

⁵⁰ Cf. H.A.H. AUDRETSCH, *SUPERVISION IN EUROPEAN COMMUNITY LAW. OBSERVANCE BY THE MEMBER STATES OF THEIR TREATY OBLIGATIONS. A Treatise on International and Supra-National Supervision*, North Holland, Amsterdam, 1978; T. VAN RIJN, *The Investigative and Supervisory Powers of the Commission*, in *INSTITUTIONAL DYNAMICS OF EUROPEAN INTEGRATION. Essays in Honour of Henry. G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, 409-421.

communautaire est chargé de la surveillance de secteurs essentiels à la poursuite de l'intégration, non seulement économiques mais sociaux⁵¹. Il ne s'ensuit pas que l'importance des Etats dans la construction communautaire est niée. Loin de contredire le principe de la compétence étatique dans la mise en œuvre du droit communautaire, ce développement s'accompagne au contraire d'une recherche croissante de coopération avec les administrations nationales⁵².

14. Dans l'ordre administratif communautaire, beaucoup voient désormais un paradigme. Rien n'est plus tentant que de partir d'un modèle général capable de rendre compte de l'existence d'une administration européenne complexe et cohérente⁵³. Mais rien n'est plus dangereux aussi: l'étude court le risque alors de demeurer dangereusement théorique. Nous avons choisi de partir des pratiques administratives et des contraintes juridiques qu'une telle évolution a fait naître.

PROCESSUS ADMINISTRATIF ET PROCEDURE JURIDIQUE

15. L'émergence d'un droit réglementaire impose une méthode nouvelle, qui accepte de voir la Commission comme une institution indépendante, et non seulement comme un instrument passif au service de l'intégration législative⁵⁴. Elle révèle « l'existence d'un nouveau système où la distinction des fonctions et de leurs titulaires est moins déterminante que la fin poursuivie et l'efficacité des moyens d'y parvenir »⁵⁵. D'où l'importance des procédures, qui constituent les moyens juridiques pour atteindre les objectifs de la régulation. Dans ce contexte, la procédure n'apparaît plus simplement comme la forme interne qui régit l'acte administratif. Elle devient un moyen majeur de mise en œuvre des politiques publiques. C'est par la procédure que s'établissent les relations entre l'administration, les personnes intéressées et les activités régulées⁵⁶.

16. Mais autre chose est de mettre en place des procédures, autre chose de conférer une protection procédurale aux intéressés. *Le fait est que l'ordre administratif communautaire est de plus en plus un processus. La question est de savoir s'il faut en faire une procédure.* Une

⁵¹ Voir, en dernier lieu, TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, pt 148, II-987. L'avocat général Colomer a ainsi pu rappeler que la Commission est investie d'une mission de « surveillance du marché » (conclusions présentées le 26 mai 1998 dans l'affaire *SFEI e.a./Commission*, § 81). Nous verrons que la même notion de surveillance définit la mission de la Commission en matière sanitaire et environnementale, mais selon des modalités d'intervention différentes.

⁵² En ce sens, E. CHITL, *op. cit.*, not. 309-310; v. en général H. SIEDENTPOF & J. ZILLER, *L'EUROPE DES ADMINISTRATIONS? La mise en œuvre de la législation communautaire dans les Etats membres*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruylant, Bruxelles, 3 vol., 1988.

⁵³ Pour une bonne synthèse des modèles en présence, M. EVERSON, *Administering Europe?*, JCMS, 1998, 195-216.

⁵⁴ Telle est déjà la conception qui se trouve dans les traités selon E.J. MESTMÄCKER, *De la Communauté économique à l'Union économique et monétaire*, RAE, 1995/1, 111-123.

⁵⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *Intervention*, Petites affiches, 10 juillet 1998, n° 82, 22.

⁵⁶ Les procédures administratives communautaires couvrent une matière extrêmement vaste. Celle-ci déborde tout à fait le cadre du présent travail. Nous écarterons ainsi de l'étude l'ensemble des procédures internes, concernant le personnel, les finances et les structures, pour ne retenir que les procédures tournées vers l'extérieur, même si, en fait, l'ensemble de ces opérations sont solidaires (pour une vue d'ensemble, G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi della Comunità Europea*, in *TRATTATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO*, M. Chiti & G. Greco (dir.), Giuffrè Editore, Milano, 1997, vol. I, 225-251).

procédure se distingue d'un processus dans la mesure où elle impose à la prise de décision des contraintes définies par le droit⁵⁷. Ces contraintes sont formelles, générales et créatrices de droits individuels. A cette question, la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes ont déjà en partie répondu en consacrant un ensemble de droits procéduraux au bénéfice des particuliers⁵⁸. Au sein de la régulation économique communautaire, la procédure est sans nul doute devenue un moyen privilégié dans la stratégie de défense des particuliers⁵⁹.

17. Ces droits apparaissent d'abord au sein des procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (art. 81 et 82 CE). Ils se développent suivant, à grands traits, trois périodes. Partie d'une conception *minimale* des garanties individuelles élaborée dans les années soixante et poursuivie jusqu'aux années quatre-vingt, la jurisprudence va développer une conception *renforcée* des droits de la défense au cours des années quatre-vingt, pour parvenir enfin, semble-t-il, à une « *phase de maturation* » depuis le début des années quatre-vingt dix⁶⁰. Dans cette progressive « *juridictionnalisation* » des procédures de concurrence, la création du Tribunal de première instance, « véritable tribunal administratif européen », a pris une part prépondérante⁶¹. Mais la ligne d'évolution qui a abouti à la consécration des *droits de la défense* en droit de la concurrence n'est pas la seule. Sur d'autres voies, divergentes, dans d'autres domaines, par d'autres moyens, se sont développées d'autres formes de protection procédurale. La recherche se charge ainsi de nouvelles pistes, d'ailleurs multiples et changeantes. Là réside l'intérêt d'élargir la perspective aux *garanties procédurales*⁶².

⁵⁷ D'autres langues ont des mots différents pour distinguer le "processus administratif" (*proceeding, procedimiento*) de la "procédure" (*procedure, proceso*). L'expression est ambiguë en français, en raison du double emploi du mot "procédure". Cf. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, XXXV, Giuffrè Editore, Milano, 1986, 819-835.

⁵⁸ Comp. le rôle joué par la Cour suprême à l'intérieur du système américain en faveur d'un « *due process of law* » (M. CAPPELLETTI & D. GOLAY, *The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: its Impact on Integration*, in *INTEGRATION THROUGH LAW: EUROPE AND THE AMERICAN FEDERAL EXPERIENCE*, M. Cappelletti M. Seccombe & J. Weiler (eds.), Walter de Gruyter, Berlin & New York, 1986, Vol. I, Book 2, 261-351); v. également F. MIATTI, *La "due process of law" américaine: quelle traduction française?*, RRJ, 1997/2, n° 69.

⁵⁹ F. Souty évoque ainsi le cas des recours intentés par des multinationales qui auraient, grâce aux seuls moyens de procédure, échappé à de fortes amendes (*LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPEENNE*, Montchrestien, Paris, 1997, 139; voy. de manière générale, J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON & M.-A. FRISON-ROCHE, *L'Office de la procédure*, in *MELANGES OFFERTS A P. DRAI. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, § 12, 256). L'enjeu de la procédure est si important qu'il semble avoir provoqué la démission d'un haut-responsable de la Direction de la concurrence de la Commission, M. J. Temple-Lang, annoncée le 4 septembre 2000 (« Ce responsable aurait critiqué l'absence de volonté de réforme de la DG IV dans un sens qui, selon le *Financial Times*, "garantisse aux entreprises une écoute plus équitable" dans l'étude de leurs dossiers », *Le Monde*, 6 septembre 2000).

⁶⁰ En ce sens, L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 121-146.

⁶¹ R. DEHOUSSE, *LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Montchrestien, Paris, 1994, 32; en général, H. NEHL, *PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN EC LAW*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

⁶² Il est remarquable à cet égard que la nouvelle édition de l'ouvrage de référence en droit de la concurrence cite en référence un arrêt relatif aux procédures du Fonds social européen, l'arrêt *Lisrestal* du 24 octobre 1996, dont nous verrons l'importance au long de cette étude (C.S. KERSE, *EC ANTITRUST PROCEDURE*, Sweet & Maxwell, London, 4th ed., 1998, 155). Il faut aussi noter que la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, en cours d'élaboration, mentionne les garanties procédurales dans un article général relatif au « Droit à un bonne administration ». L'exposé des motifs cite pêle-mêle les jurisprudences *Lisrestal* (Fonds social), *TU München*

18. Décrire l'ensemble des garanties procédurales consacrées par l'ordre juridique communautaire pourrait mener théoriquement fort loin⁶³. Le projet demande seulement qu'on retienne, comme point de départ de l'analyse, les différentes procédures intervenant dans le domaine des règles de concurrence de la Communauté européenne⁶⁴. Même ainsi, le champ couvert paraîtra considérable. Mais en comparant les diverses solutions entre elles, nous verrons que les différences portent plutôt sur le détail que sur les grandes lignes. Elles seules nous importent d'ailleurs. Nous ne visons pas à dresser un catalogue exhaustif des modalités techniques de procédure, mais seulement à définir les directions principales de leur évolution. Une telle méthode permettra d'envisager l'extension de ces garanties aux procédures de la régulation sociale.

METHODE ET PLAN

19. Il est clair que, dans ces domaines dominés par un fort impératif d'efficacité, la mise en œuvre de ces droits représente un certain coût⁶⁵. Les imposer ne va pas de soi; il faut les justifier. Ce travail de justification est le plus souvent implicite; il faut pouvoir le rendre explicite. En général, les juristes n'ont d'égards que pour les droits formels qui procèdent de sources souveraines⁶⁶. En serrant, au contraire, d'aussi près que possible les interprétations des différents acteurs engagés dans de nombreux litiges concrets, on voit se recomposer et apparaître des « formes générales de justification »⁶⁷. Ces formes divulguent un certain régime général des

(droit douanier), *Orkem* (concurrence) et *Nölle* (antidumping) (Etat des travaux disponible sur le site internet du Parlement européen).

⁶³ En ce domaine comme ailleurs dans le cadre communautaire, il faut compter avec un *droit polyglotte*. Les termes varient selon les langues (*due process*, garanties procédurales) et au sein de la même langue selon les qualifications juridiques données (droits de la défense, garanties procédurales, principe du contradictoire). Nous allons voir que cette diversité reflète non seulement le *pluralisme* des interprètes, issus de traditions juridiques différentes, mais également une *polysémie*, où les questions de fond ne sont pas absentes. P. LALIVE remarque ainsi que le terme de « garantie procédurale » ne figure dans aucun glossaire des Communautés européennes, alors même que son importance pratique n'est plus à démontrer (*Rapport de synthèse*, in *DUE PROCESS AND ANTI-COMPETITIVE PRACTICES*, International Chamber of Commerce, Paris, 1994, 321-328).

⁶⁴ Le domaine de la CECA n'est pas envisagé ou seulement à titre de comparaison (voy. par ex. L. IDOT, *comm.*, Europe, 1999, n° 196). Les garanties dans les procédures juridictionnelles sont écartées (mais voy. F. PICOD, *La transparence dans les procédures juridictionnelles*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 147-174). Il serait particulièrement intéressant d'examiner sous cet angle les procédures de deux organismes récents: la Banque centrale européenne (voy. Règlement (CE) n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, JOCE 1998, L 318/4; Règlement (CE) n° 2157/1999 de la Banque centrale européenne du 2^e septembre 1999 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, JOCE 1999, L 264/21), l'Office européen de lutte antifraude (voy. Règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude, JOCE 1999, L 136/1).

⁶⁵ Dans un tel contexte, le formalisme procédural se définit donc par les trois caractères suivants: - une mise en relation de différentes parties; - une certaine généralité des droits; - un certain coût. A rapprocher de la définition que donne L. THEVENOT des « formes d'investissement », conventions réglant la conduite des gens dans l'ordre économique (*Introduction*, in *CONVENTIONS ECONOMIQUES*, L. Thévenot (dir.), Cahiers du centre d'études de l'emploi, PUF, Paris, 1985, 55).

⁶⁶ En ce sens, J. CARBONNIER, *FLEXIBLE DROIT. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 7ème éd., 1992.

⁶⁷ Cette méthode doit beaucoup à l'ouvrage de L. BOLTANSKI & L. THEVENOT (*DE LA JUSTIFICATION. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991).

procédures. Nous verrons que la Commission, les requérants individuels et la juridiction communautaire se chargent eux-mêmes d'une partie de ce travail d'abstraction.

20. Ce travail masque en effet de nombreux intérêts contraires. Mais nous ne proposons pas de rechercher ces interprétations pour les renvoyer dos à dos. Chacune d'elles, au contraire, appuyée sur un nombre considérable de faits et d'arguments, doit être considérée comme vraie et légitime. L'étude consistera à démêler un certain nombre d'interprétations divergentes, afin de mieux en apprécier les conséquences générales et particulières. Les intéressés apprendront ainsi, s'ils ne le savent déjà, les efforts qu'ils doivent faire pour présenter leurs arguments et quelles implications ils doivent supposer. Montrer que les enjeux pratiques de procédure s'organisent autour d'un « conflit de logiques » en droit communautaire, tel est l'intérêt du travail entrepris⁶⁸. Aussi excusera-t-on la longueur de certaines citations: pour cette étude, les raisonnements importent autant que les solutions⁶⁹.

21. Pour généraliser, il faut déjà être attentif aux textes et à la jurisprudence. Personne ne peut aujourd'hui refuser les lumières de la méthode positiviste. Mais elle ne suffit pas. Il y a un mouvement incessant de variations et de renvois entre les textes et la jurisprudence. La méthode positiviste risquerait de s'attarder à la plénitude formelle de droits qui, dans l'interprétation, auront depuis longtemps dépassé le sens qu'ils eurent à l'heure de leur consécration⁷⁰. Elle pourrait les appauvrir en les enfermant dans une interprétation unique. Or, en cette matière, les solutions jurisprudentielles sont abondantes, souvent complexes et parfois contradictoires. Difficultés qui tiennent pour une part à l'architecture judiciaire de la Communauté: l'existence de deux juridictions distinctes et, surtout, le fonctionnement en chambres du Tribunal de première instance. Mais il faut d'abord y voir l'instabilité de la matière elle-même. Celle-ci ne cesse d'évoluer, suivant des lignes qui semblent diverger. Pour en démêler tous les fils, il ne faudra pas craindre pour finir de sortir du prisme contentieux pour faire appel à des interprétations extérieures, au sein et de hors la discipline du droit⁷¹.

22. C'est dire que l'investigation pratique et l'effort de reconstruction nous paraissent inséparables l'un de l'autre. Une étude concrète qui ne s'accompagne pas d'un travail d'abstraction est obligée d'accepter que les solutions juridiques sont le résultat d'une série d'adaptations circonstanciées. Une étude théorique qui ne produit pas de recherche spécialisée est trop facilement portée à voir dans l'état du droit la réalisation d'un plan d'ensemble, parfaitement cohérent. Les analyses de cette thèse ne répondent certes pas à de telles exigences. Elles voudraient simplement définir une méthode et un programme, et faire entrevoir, sur quelques points essentiels, la possibilité de les appliquer.

⁶⁸ Sur la théorie du « conflit des logiques » appliquée en droit social, A. SUPLOT, *LE JUGE ET LE DROIT DU TRAVAIL*, Thèse Droit, Bordeaux I, 1979, not. 382 et ss.

⁶⁹ Comp. L. GOLDENBERG, *LE CONSEIL D'ETAT, JUGE DU FAIT*, Dalloz, Paris, 1932, en part. 7-10.

⁷⁰ Voy. F. EWALD, *Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit*, Droits, 1986, n° 3, 137-142; du même auteur, *Le droit du droit*, APD, 1986, t. 31, 245-259.

⁷¹ Voy., en générale, les perspectives ouvertes par O. BEAUD, *Compte-rendu*, RDP, 2000, 585-594; P. LEGENDRE, *Présentation*, in *MOURIR POUR LA PATRIE et autres textes*, E.H. Kantorowicz, PUF, Paris, 1984, 9-21.

23. Le plan était tracé par le sujet lui-même. La première partie se propose de décrire la place du formalisme procédural au sein des procédures de la régulation économique. Elle procède à l'inventaire d'un corpus déjà bien constitué de garanties. Il est vrai qu'elle se heurte en cours de route à des incohérences, à des restrictions, ou à certaines faiblesses dans la protection. Mais, pour les combler, elle ne fait que suivre une pente naturelle: elle peut s'appuyer sur un principe général de protection élaboré par la jurisprudence communautaire. Notre travail consiste alors à pointer les difficultés, mais aussi les nécessités qui obligent les garanties à s'adapter au cadre de la régulation économique.

24. La seconde partie étend l'analyse aux matières de la régulation sociale qui ne possèdent pas de modèle de protection procédurale; mais, par là même, elle a l'avantage d'apporter un cadre dans lequel une analyse plus novatrice et plus radicale peut trouver place. Il s'agit d'abord de présenter la légitimité de la nouvelle régulation sociale comme étant essentiellement d'ordre procédural. Il s'agira ensuite de décrire les trois modalités fondamentales de ces nouvelles procédures: l'expertise, la participation, la comitologie. En montrant que ces pratiques demeurent ambiguës sur le plan de la protection des personnes intéressées, on pourra essayer de formuler de nouvelles exigences et obtenir ainsi de nouveaux équilibres.

25. La régulation économique et sociale exerce une attraction notable sur cet objet central du système juridique qu'est la procédure⁷². Les deux parties de la recherche en se rejoignant ouvrent d'autres perspectives: d'où procède la nécessité de développer des procédures formelles? A quelles conditions peut-on parler d'une procédure juridique? A quelles conditions une procédure est-elle légitime? Ces questions ne sont pas abstraites: il ne s'agit pas pour nous de développer une nouvelle théorie générale du formalisme juridique⁷³; il s'agit de se demander ce qui résulte, pratiquement, de ce que des formes juridiques soient introduites dans le cours des actions administratives.

26. En droit communautaire, il devient évident que la légitimité des procédures détermine pour une grande part la légitimité des équilibres institutionnels⁷⁴. Il serait sans doute utile aujourd'hui de s'avancer vers une « Théorie de la crise » dans la Communauté et dans l'Union⁷⁵. On verrait ainsi se rapprocher les termes d'une longue évolution. Hier, il fut nécessaire de réagir à « la crise de chaise vide » en développant un nouveau « droit de l'intégration », centré sur l'efficacité des

⁷² Comp. M.-A. FRISON-ROCHE au sujet des transformations provoquées par la régulation économique sur les notions de contrat et de responsabilité (*Introduction à la redécouverte des « piliers du droit »: le contrat et la responsabilité*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 279-292).

⁷³ Voy. récemment, D. DE BECHILLON, *QU'EST-CE QU'UNE REGLE DE DROIT?*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1997; sur la recherche d'un nouveau formalisme juridique aux Etats-Unis, M. ROSENFELD, *JUST INTERPRETATIONS. Law Between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkeley, 1998.

⁷⁴ Mais comp., en France, H. ZEGHIB, *Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse*, RDP, 1998, 467-503.

⁷⁵ En ce sens, déjà, C. BLUMANN, *Scénario de crise: « l'heure de vérité »*, in *ACTES DU COLLOQUE DES CHAIRES JEAN MONNET SUR LA CONFERENCE INTERGOUVERNEMENTALE DE 1996*, Communautés européennes, Luxembourg, 1997, 159-181.

mécanismes juridictionnels⁷⁶. A présent, c'est à la « *crise de la vache folle* » qu'il faut répondre en inventant un « *droit de la régulation* » capable de créer les conditions d'un « bon gouvernement » en Europe⁷⁷.

Pour essayer de le montrer, nous envisagerons les deux parties suivantes:

Première Partie. Le développement du formalisme procédural au sein de la régulation économique

Deuxième Partie. L'émergence d'une nouvelle légitimité procédurale dans la régulation économique et sociale

⁷⁶ Cf. J.H.H. WEILER, *The Community System. The Dual Character of Supranationalism*, YEL, 1981, 257-306; du même auteur, *The Transformation of Europe*, The Yale Law Journal, 1991, 2403-2483.

⁷⁷ « Certainly the BSE crisis will be cited for a long time to come as a seminal event in the history of the European Union, comparable perhaps with the French "empty chair" policy of the late 1960s. For academics, the crisis provides a text-book example of the capacity of multi-level governance to respond to a crisis situation » (G.R. CHAMBERS, *The BSE Crisis and the European Parliament*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 96).

PREMIERE PARTIE

LE DEVELOPPEMENT DU FORMALISME PROCEDURAL AU SEIN DE LA REGULATION ECONOMIQUE

27. Au centre des multiples problèmes posés par la construction d'une « Communauté de droit »⁷⁸, il y a la question suivante: comment peut-on assurer la protection juridique des personnes affectées par la régulation économique, impliquant appréciations complexes et pouvoir discrétionnaire de l'Administration, sans pour autant mettre en danger l'efficacité de cette régulation? *Contrôler l'Administration sans la contraindre dans son action*, telle est la difficulté majeure rencontrée par le juge communautaire dans sa mission d'assurer « le respect du droit ». A ce souci répond également l'introduction de garanties procédurales dans la procédure administrative. Aussi témoigne-t-elle d'une extension remarquable de la notion de la Communauté de droit.

28. Nous tenterons de le vérifier en distinguant trois étapes dans le développement du formalisme procédural: l'*importation* des garanties du procès au sein de l'ordre administratif communautaire (Titre I); leur *réalisation* dans l'ordre juridique de la Communauté (Titre II); enfin leur *adaptation* aux nécessités de la régulation économique (Titre III).

⁷⁸ Inventée par W. Hallstein, cette formulation a été reprise par la Cour de justice dans un arrêt *Les Verts/Parlement européen* (aff. 294/83), [1986] Rec. 1339. Au sens strict, elle vise le fait que « ni les Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ». Voy. également J. RIDEAU, *Communauté de droit et Etats de droit*, in *MELANGES RENE-JEAN DUPUY. Humanité et droit international*, Paris, Pedone, 1991, 249-269; D. SIMON, *Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire?*, *Droits*, 1991, n° 14, 73-86; C. CHARRIER, *La Communauté de droit, une étape sous-estimée de la construction européenne*, *RMC*, 1996, 521-533.

Titre I

L'IMPORTATION DES GARANTIES PROCEDURALES

29. La régulation économique communautaire est née d'une conception nouvelle. Cette conception n'est pas totalement moderne. On en trouve les sources dans la doctrine « néo- » ou « ordo-libérale » allemande⁷⁹. Que les traités de Paris et de Rome reflètent cette influence, la notion de « *marché institutionnel* », forgée par Jacques Rueff, en témoigne⁸⁰. Le marché institutionnel se distingue du marché tel que le conçoit la tradition libérale « en ce sens que, s'il est une zone de "laissez-passer", il n'est pas une zone de "laissez-faire" ». Les auteurs des traités ont eu en vue une action véritablement « politique » :

« Au "laissez-passer" total, ils ont préféré un marché limité au domaine géographique dans lequel la création des Institutions sans lesquelles le marché ne pourrait, ni exister, ni durer, était politiquement possible. Au "laissez-faire" total, ils ont préféré le laissez-faire limité par des interventions qui lui donneraient une chance d'être moralement et politiquement acceptable. Le marché institutionnel est ainsi l'aboutissement et le couronnement de l'effort de rénovation de la pensée libérale, qui a pris naissance il y a une vingtaine d'années, qui, sous le nom de néo-libéralisme ou de libéralisme social, a pris conscience, progressivement, de ses aspirations et des méthodes susceptibles de les satisfaire, pour se reconnaître, finalement, dans les formules communautaires de la Communauté du Charbon et de l'Acier et dans celles dont la Communauté Economique Européenne sera, demain, l'application généralisée. »⁸¹

Dans cette notion, le principe de la liberté économique n'est pas nié, bien au contraire. Mais la « technique institutionnelle » — l'intervention d'autorités politiques et administratives produisant un corps de règles contraignantes — est ce qui distingue la Communauté des tentatives qui l'ont précédée dans le but supprimer les obstacles au commerce interétatique⁸².

30. A l'intérieur du Marché commun, les *facultés d'intervention économique* sont partagées entre les gouvernements nationaux et les institutions communautaires⁸³. La Communauté a

⁷⁹ Sur l'influence de cette doctrine notamment sur le droit communautaire de la concurrence, D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, The American Journal of Comparative Law, 1994, vol. 42, 25-84.

⁸⁰ Economiste français réputé, juge à la première Cour de justice de Luxembourg. Jacques RUEFF était très attaché à la doctrine ordo-libérale allemande à laquelle il contribua lui-même dès la fin des années trente (v. *La crise du capitalisme*, 1935; *Le néo-libéralisme*, 1951, in *ŒUVRES COMPLETES. Politique économique*, vol. III, Plon, Paris, 1979, 15-27; 113-117).

⁸¹ J. RUEFF, *Le projet de Communauté Economique Européenne et la nécessité d'un marché institutionnel*, 1957, in *ŒUVRES COMPLETES. Politique économique*, vol. III, Plon, Paris, 1979, 352.

⁸² Cf. J. RUEFF, *Institutions et marché commun dans le Traité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, 1957, in *ŒUVRES COMPLETES. Politique économique*, vol. III, Plon, Paris, 1979, not. 319-320.

⁸³ La politique communautaire de la concurrence s'est développée en même temps que les politiques nationales de concurrence (voir, sur ce point, l'analyse de H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE, *LA CONCURRENCE EN EUROPE. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, Paris, 1991). En outre, dans ce secteur, la Commission n'a cessé de rechercher la coopération des autorités nationales. Cette question est devenue primordiale à partir du moment où, dans le contrôle des entreprises publiques et des aides d'Etat, les autorités publiques étaient elles-

élaboré un système d'Administration qui reflète les tensions et les contradictions d'une période d'intégration économique. Si l'on s'en remet aux critères classiques, il est vrai que l'on peut douter de la cohérence, voire de l'existence, de ce nouvel ordre administratif⁸⁴. Mais il convient d'observer ce droit comme une élaboration inachevée, s'efforçant de dégager, à partir d'une série de régimes particuliers et complexes, une cohérence nouvelle, dont la signification échappe à la théorie générale traditionnelle⁸⁵.

31. Pour déceler la cohérence de l'ordre administratif économique, il faut en présenter les différentes branches (I). Bien que nombreuses, souvent complexes, les procédures offrent un point de vue privilégié. Elles donnent à l'Administration économique trois de ses traits les plus accusés (II). On peut alors se demander ce que signifie, dans ce contexte, l'importation des garanties du procès (III).

mêmes mises en cause. Comme le relève M. BAZEX, « dès le début des années quatre-vingt, on avait bien observé dans les milieux communautaires que la question de l'application des règles de concurrence concurrence aux mesures étatiques était liée à celle de l'existence ou du maintien des compétences des Etats membres dans le domaine de la politique économique » (*Le droit public de la concurrence*, RFDA, 1998, 782).

⁸⁴ Ainsi, selon J.-F. Flauss, « très directes et apparentes en ce qui concerne de nombreux régimes administratifs, les retombées du droit communautaire sont moins marquées s'agissant des théories générales du droit administratif » (*L'influence du droit communautaire sur le droit administratif national*, Petites affiches, 1995, n° 4, 4 et n° 7, 4).

⁸⁵ Jean RIVERO notait déjà en 1972: « peut-être l'un des éléments de la crise actuelle de notre vie administrative réside-t-il dans le fait qu'il y a un décalage entre notre théorie générale, qui est surtout faite de la pratique administrative de la période libérale, de l'administration traditionnelle, et puis toute une série de régimes administratifs dont nous savons nous-mêmes qu'ils échappent dans une certaine mesure à la théorie générale et qu'ils apportent un renouvellement de celle-ci. En ce sens, les modifications apportées sous l'influence du droit communautaire aux régimes particuliers se répercutent au niveau de l'élaboration des principes fondamentaux du droit administratif », (*Intervention*, in *LES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES ET LE DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS*, travaux des Journées d'études de Strasbourg, LGDJ, Paris, 1972, 219).

Chapitre I

LA NATURE DE LA REGULATION ECONOMIQUE

32. En droit économique communautaire, les domaines d'intervention sont directs et sectoriels. Mais le même but se retrouve partout, à des degrés différents⁸⁶: imposer « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur »⁸⁷. A cet objectif concourent le contrôle des ententes et des abus de positions dominantes⁸⁸, le contrôle des opérations de concentrations⁸⁹, le contrôle des aides publiques⁹⁰, celui des monopoles publics⁹¹, et le contrôle des pratiques de dumping⁹². Ce but, cependant, est comme le reflet d'un ordre supérieur. En effet, « la concurrence n'est pas une fin en soi mais doit contribuer à la réalisation de la mission assignée à la Communauté par l'article 2 du Traité ». Elle a « une double fonction: — concourir à la formation du marché commun en empêchant que les entreprises ne puissent maintenir ou créer des cloisonnements préjudiciables à l'intégration des marchés; — assurer le bon fonctionnement du marché commun en garantissant l'existence d'une concurrence effective considérée comme “le meilleur stimulant de l'activité économique” et comme “un moyen essentiel pour assurer un degré de satisfaction élevé aux besoins privés et collectifs de nos sociétés” »⁹³.

33. Le caractère originel du droit des pratiques anticoncurrentielles justifie qu'on lui consacre le début de notre étude (I). Les autres branches de la régulation économique sont organisées sur un modèle semblable (II). Assurant la réalisation concrète de ce but, les procédures administratives réunissent ces différentes matières (III).

⁸⁶ En ce sens, P. PESCATORE, *Public and Private Aspects of European Community Law*, FILJ, 1986, 373-419.

⁸⁷ Article 3 g) CE.

⁸⁸ Articles 81 et 82 CE.

⁸⁹ Règlement (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE 1990, L 257/13.

⁹⁰ Articles 87 à 89 CE.

⁹¹ Article 86 CE.

⁹² Règlement (CE) n° 384/96 du 22 décembre 1995 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, JOCE 1996, 56/1.

⁹³ R. KOVAR, *Commentaire de l'article 85 du Traité CE*, in *TRAITE INSTITUANT LA CEE. Commentaire article par article*, V. Contantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon (dir.), Economica, Paris, 1992, 422-423. En ce sens, le *Neuvième Rapport général de la Commission* déclare que « la politique de la concurrence n'est pas une fin en soi, mais un moyen essentiel pour atteindre un optimum de productivité, de couverture des besoins, de bien-être et de liberté économique pour tous dans le Marché commun » (§ 44).

SECTION I. LE MODELE DU « DROIT ANTICARTEI. »⁹⁴

34. Le droit des pratiques anticoncurrentielles forme le noyau dur du régime de concurrence. Il convient d'abord d'en rappeler les caractères généraux (I). Ceux-ci marquent le choix de la procédure de contrôle adopté, laquelle fournit un modèle aux autres contrôles de la régulation économique (II).

§ I. LES CARACTERES DU DROIT ECONOMIQUE

35. La nature originale du droit économique communautaire se reflète dans ses caractères⁹⁵: un caractère *mixte*, entre organisation et liberté (A); *l'absence* dans son cadre institutionnel de toute *séparation des pouvoirs* (B); le développement de *l'opportunité* (C). Trois caractères qui témoignent d'un profond changement dans la théorie générale de l'Administration.

A. Un droit de l'organisation et de la liberté

36. Le droit communautaire de la concurrence combine deux perspectives. La première est celle de la politique économique. Le droit communautaire assure l'organisation d'une économie de marché intégrée. Il repose sur une « logique d'intervention des pouvoirs publics », dont l'objectif est la construction du Marché commun. D'où son caractère essentiellement organisateur: « *le droit communautaire est fondamentalement tourné vers la construction et l'animation de structures socio-économiques supra-nationales* »⁹⁶. Il devient ainsi possible de parler d'une « concurrence administrée »⁹⁷, mécanisme spécial de contrôle de la régulation des marchés, qui suppose une *action publique* et implique, en certains cas, l'imposition de *sanctions*.

37. Mais l'ordre concurrentiel voulu par le traité ne s'arrête pas à la poursuite de l'ordre public économique; il relève le « défi fondamental qui consiste à protéger la liberté économique par la réglementation précise de l'activité économique »⁹⁸. Il appartient au modèle d'un droit économique d'inspiration libérale⁹⁹. Dès lors, la perspective change: « si la concurrence est érigée

⁹⁴ C'est la formulation retenue par J. MONNET, en raison du caractère limité aux ententes et positions dominantes (MEMOIRES, Fayard, Paris, 1976). En théorie, en effet, le droit de la concurrence a une portée beaucoup plus étendue (C. CHAMPAUD, *Caractères du droit de la concurrence*, J.-Cl. Concurrence - Consommation, Fasc. 30, 1991).

⁹⁵ Il est vrai qu'en France on a pu douter de l'originalité d'un droit de cette nature (voir ainsi J.-C. VENEZIA, *Sur le degré d'originalité du contentieux économique*, in MELANGES STASSINOPOULOS, LGDJ, Paris, 1974, 147-164. *Contra*: D. TRUCHET, *Réflexions sur le droit économique public*, RDP, 1980, not. 1027).

⁹⁶ C. CHAMPAUD, *op. cit.*, 566.

⁹⁷ « Encore faut-il rappeler que cette politique ne s'inspire pas d'un modèle de laisser-faire, mais vise au maintien d'une concurrence effective et institutionnellement protégée » (Commission des C.E., *Onzième Rapport sur la politique de concurrence* (1981), 11). Sur la notion de « concurrence administrée », ses origines historiques, ses implications théoriques: D. DANET, *LA NATURE JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE*, Thèse, Institut de Gestion de Rennes I, 1990; et pratiques: H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE, *LA CONCURRENCE EN EUROPE. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, Paris, 1991.

⁹⁸ C. CHAMPAUD, *L'apport du droit communautaire au droit économique*, CDE, 1970, 558.

⁹⁹ Sur cette notion, G. FARJAT, *La notion de droit économique*, APD, t. 37, 1992, 27-62.

(...) au rang de principe d'ordre du droit privé, sa fonction politique, à savoir la protection de l'individu contre la puissance économique excessive, est alors mise spécialement en évidence »¹⁰⁰. Le « principe de liberté de la concurrence »¹⁰¹ intéresse « le domaine entier des traités communautaires: sont impliquées la liberté du commerce, la liberté de circulation, l'égalité de traitement qui sont les principes de base de la construction communautaire »¹⁰². Par là, il garantit « la liberté personnelle à tous ceux qui participent à vie économique et sociale » dans le marché commun¹⁰³. Il en résulte des droits pour les individus¹⁰⁴. Mais ces droits doivent être considérés avec beaucoup de précaution et compte tenu du caractère spécifique des individus en question.

38. En droit communautaire, le cas d'opérateurs en tant que personnes physiques est théorique: les « individus » sont des personnes morales auxquelles on reconnaît des droits¹⁰⁵. Sans doute est-on fondé à dire que la construction du marché commun marque la naissance du « citoyen économique »¹⁰⁶. Mais, alors, il faut distinguer entre la citoyenneté que possèdent les organisations économiques et celle dont dispose l'individu dans une société libérale¹⁰⁷. Celle-ci est liée à une autonomie publique que les citoyens ne peuvent exercer qu'en commun, en accédant librement à la délibération politique; celle-là est limitée à l'autonomie privée d'acteurs dont le seul souci constitutionnel est la liberté d'accès au marché¹⁰⁸: il s'agit pour l'essentiel de

¹⁰⁰ K. MARKERT, *Concurrence et Politique Economique dans la C.E.E.*, in *LA CONSTITUTION ECONOMIQUE EUROPEENNE*, IEJE, Nijhoff, La Haye, 1971, 238.

¹⁰¹ Sur ce principe, v. l'étude de M. BAZEX, *Le droit public de la concurrence*, RFDA, 1998, 781-800. Le principe est clairement affirmé dans le Rapport Deringer concernant un règlement d'application des règles de concurrence (PE Doc. 57 du 7 septembre 1961).

¹⁰² A. TRABUCCHI, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria della concorrenza*, Rivista di diritto civile, 1973, I, 499.

¹⁰³ Mémoire de la Commission sur le Programme d'Action de la Communauté pendant la deuxième étape, Bruxelles, 24 octobre 1962, § 23.

¹⁰⁴ Tel est aussi le sens de l'arrêt fondateur de la Cour de justice du 5 février 1963, *Van Gend & Loos* (aff. 26/62): « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des Etats membres » (Rec. 25).

¹⁰⁵ Dans le système communautaire, « une requérante a la qualité de personne morale si elle a acquis, au plus tard au moment de l'expiration du délai de recours, la personnalité juridique en vertu du droit applicable à sa constitution, ou si elle a été traitée par les institutions communautaires comme une entité juridique indépendante » (TPICE, 11 juillet 1996, *Sinchem Heijlongjiang/Conseil*, T-161/91, pt 31, II-709, II-695). Pour une étude empirique sur l'identité de « l'individu » en droit communautaire, C. HARDING, *Who Goes to Court? An Analysis of Litigation against the European Community*, ELR, 1992, 105-125.

¹⁰⁶ Sur l'émergence de cette notion, C. LUCAS DE LEYSSAC, *Rapport de synthèse*, in *Droits et libertés fondamentales face au droit de la concurrence* (Ateliers de la Concurrence), RCC, 1995, n° 83, 47-52; du même auteur, *Vers une Citoyenneté Economique de l'Entreprise*, Gaz. Pal., 13 février 1997, 265-267. L'auteur détaille les droits et les devoirs de l'entreprise.

¹⁰⁷ Comp. R.A. DAHL qui distingue entre le citoyen et le producteur/consommateur dans l'ordre politique (*DEMOCRACY AND ITS CRITICS*, Yale University Press, New Haven, 1989, 325).

¹⁰⁸ De manière générale, le problème ici serait de savoir jusqu'à quel point la thèse d'une similitude entre « constitution économique » et « constitution politique » peut être soutenue (en ce sens, M.E. STREIT & W. MUSSLER, *The Economic Constitution of the European Community. "From Rome to Maastricht"*, in *CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF THE EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, F. Snyder (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1996, 109-147).

« récupérer une partie de la liberté économique dont ils se trouvent privés par l'effet des attributions de pouvoirs à l'administration »¹⁰⁹.

39. De ces procédures peuvent être parties les Etats-membres. Mais ceux-ci apparaissent en tant qu'opérateurs économiques soumis au contrôle d'une autorité *supranationale* de marché. On ne saurait confondre ces procédures avec les procédures de surveillance politique pouvant donner lieu à constatation de manquement¹¹⁰. Nous allons voir que cette distinction a une portée contentieuse importante. De manière générale, la question des droits procéduraux est intimement liée à celle de la qualité de leurs destinataires¹¹¹.

B. L'autonomie de la Commission

40. Au sein d'un Etat de droit, la protection des administrés est recherchée, traditionnellement, dans la réalisation de l'idéal démocratique de la participation des citoyens à l'élaboration de la Loi et dans la soumission de l'Administration à la Loi, sous le contrôle vigilant et impartial du juge¹¹². Il y a, sur ce point fondamental, un accord remarquable entre les différentes traditions européennes de "l'Etat de droit", de la *Rule of Law* et du *Rechtsstaat*: le principe de la prépondérance du législateur sur l'administration est « la concrétisation la plus importante du principe de l'Etat de droit (*rule of law*) en droit administratif »¹¹³. Subordonnée au pouvoir législatif, l'autorité administrative ne pourra agir, ainsi que l'enseigne le maître du droit public français, « qu'en exécution ou par permission des lois »¹¹⁴. C'est que le principe constitutionnel de « hiérarchie des fonctions », autre version de la séparation de pouvoirs, veut que « le Corps législatif, en tant que formé des élus du pays, est l'autorité supérieure qui possède seule un pouvoir de volonté et de décision initiale, et il a pour but direct de faire dépendre toute l'activité subalterne des autorités administratives, jusques et y compris le Chef de l'Exécutif, de volontés préalablement énoncées par le législateur »¹¹⁵.

41. Du principe de séparation des pouvoirs se déduit le principe de légalité. Et de là naît la conception de l'administration en tant qu'outil, « seulement un outil et un outil à disposition du

¹⁰⁹ P. ORIANNE, *La participation et les activités économiques*, in *LA PARTICIPATION DIRECTE DES CITOYENS A LA VIE POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE*, F. Delpérée (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1986, 299.

¹¹⁰ Voy., en ce sens, une jurisprudence récente de la Cour: CJCE, 29 septembre 1998, *Commission/Allemagne*, C-191/95, I-5449; CJCE, 22 avril 1999, *Commission/Allemagne*, C-272/97, nep; CJCE, 8 juin 1999, *Commission/Allemagne*, C-198/97.

¹¹¹ De manière plus générale, D. ROUSSEAU, *Chronique de la jurisprudence constitutionnelle 1995-1996*, RDP, 1997, n°1, 18-20 (au sujet de la liberté de la presse).

¹¹² Cf. J. CHEVALLIER, *L'ETAT DE DROIT*, Montchrestien, Paris, 1992.

¹¹³ C. STARCK, *Droits fondamentaux. Etats de droit et Principe démocratique en tant que fondements de la procédure administrative non contentieuse. Approche comparative*, REDP, hors série, 1993, 36; de même, J. RIVERO, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, in *NEW PERSPECTIVES FOR A COMMON LAW OF EUROPE*, M. Cappelletti (dir.), EUI, Sijhoff, Leyden, 1978, 389-406.

¹¹⁴ R. CARRE DE MALBERG, *CONTRIBUTION A LA THEORIE GENERALE DE L'ETAT*, dans un paragraphe intitulé « La vraie notion de l'administration selon le droit public français », t. I, Sirey, 1920, repr. CNRS, Paris, 1962, 490.

¹¹⁵ *Ibidem*, 491 (nous soulignons).

pouvoir politique élu »¹¹⁶. Cette conception formaliste de l'administration n'est pas neutre; elle est rigoureusement liée, dans la doctrine libérale, à la protection des libertés individuelles. Tant que le pouvoir administratif est considéré comme l'instrument du législateur politique, la fiction du primat de la loi légitimée par la procédure démocratique peut prospérer. C'est dire que « l'organisation administrative autocratique offre les meilleures garanties pour que s'impose la volonté du groupe populaire le plus large, alors que l'organisation administrative démocratique favorise la volonté d'un groupe plus restreint »¹¹⁷. La fonction de l'administration est d'imposer, dans des domaines réduits et par le moyen de règles générales issues de la procédure démocratique, des décisions que tous les citoyens (réunis en Volonté générale) sont censés avoir déjà prises. Ainsi, précise Hauriou, les « rapports de droit ne sont justes que s'ils sont acceptés par tous ou, du moins, par la grande majorité. C'est donc pour l'acceptation de ces rapports de droit que doit intervenir le suffrage. Ainsi, en fait, l'action la plus directe du suffrage se fait-elle sentir justement dans l'organisation du pouvoir législatif qui a pour mission spéciale de définir le droit »¹¹⁸.

42. Qu'en est-il dans le régime de la Communauté? Le pouvoir imparti au pouvoir exécutif, en matière d'application, d'interprétation et d'élaboration du droit communautaire, est considérable. Il est banal de constater que l'ordre juridique communautaire ne consacre pas le principe classique de la séparation des pouvoirs: « le principe d'organisation de la Communauté n'a pas été celui de la séparation des pouvoirs, mais bien plutôt celui de la représentation des intérêts »¹¹⁹. De manière significative, ce problème est peut-être mieux compris en termes de

¹¹⁶ G. TIMSIT, *THEORIE DE L'ADMINISTRATION*, Economica, Paris, 1986, 173. Il s'agit d'une conception française au sens défini par Tocqueville: "On peut tenir pour certain que partout où une révolution se fera, et elle se fait dans toute l'Europe..., on verra naître quelque chose d'analogue à notre droit administratif; car ce droit lui-même n'est qu'une des formes de l'état nouveau du monde: nous l'appelons le système français; c'est le système moderne qu'il faut dire", même s'il corrige plus loin: "Ne perdons jamais de vue que si notre système administratif a été conçu pour la liberté, il a été complété par le despotisme" (A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport fait à l'Académie des Sciences Morales et Politiques (1846)* in *ŒUVRES COMPLETES*, Gallimard, Paris, 1989, t.XVI, 196-197; voy. S. CASSESE, *Une des formes de l'Etat nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français*, AJDA, 20 juin 1995 spécial, 167-172). Cette conception instrumentale de l'administration, forte en France (P. ROSANVALLON, *L'ÉTAT EN FRANCE*, Seuil, Paris, 1990, 74 et ss.), n'est propre ni au système continental: pour le droit de la Common Law, P.P. CRAIG, *PUBLIC LAW AND DEMOCRACY IN THE UNITED KINGDOM AND THE UNITED STATES OF AMERICA*, Clarendon Press, Oxford, 1990, « The traditional Vision of Administrative Law », 47-51; ni aux systèmes européens: aux Etats-Unis, G.E. FRUG, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, HLR, Vol. 97, 1984, not. « The formalist Model », 1299 et ss.; J.L. MASHAW, *Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories of Legal Development*, Journal of Law, Economics and Organization, VI, Special Issue, 1990, 267-298.

¹¹⁷ E. GARCIA DE ENTERRIA citant MERKL, juriste autrichien d'obédience kelsenienne. in *Principes et modalités de la participation à la vie administrative*, in *LA PARTICIPATION DIRECTE DES CITOYENS A LA VIE POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE*, F. Delpérée (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1986, 253.

¹¹⁸ M. HAURIOU, *PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF*, Sirey, Paris, 1893, 104. Il est, cependant, à noter qu'un autre modèle existe en Europe. J. ZILLER a montré que le modèle suédois ne répond aux critères du modèle standard européen. Privilégiant l'indépendance des autorités administratives et politiques, la transparence et la responsabilité individuelle des fonctionnaires, il est plus proche du système qui se met en place dans la Communauté et dans l'Union (*European Models of Government: A Patchwork with Missing Pieces?*, Parliamentary Affairs, à paraître, janvier 2001). Pour une comparaison plus générale, voy. J. ZILLER, *ADMINISTRATIONS COMPAREES*, Montchrestien, Paris, 1993.

¹¹⁹ J.-P. JACQUÉ, *Cours général de droit communautaire*, COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW, Vol. I, Book 1, 1990, EUI, Nijhoff, Dordrecht, 289 et ss.; K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, CMLR, 1991, 11-35.

sociologie des organisations qu'en termes de théorie constitutionnelle. Au lieu que l'action de l'administration soit légitimée par les "inputs" (le suffrage), dans le système communautaire "l'output", c'est-à-dire le rapport de l'action administrative à l'objectif ultime d'intégration, devient l'élément déterminant¹²⁰. Il s'ensuit un affaiblissement de la distinction cardinale entre formulation et application de la norme, une extension du pouvoir exécutif et une logique de contrôle tout à fait nouvelle. On est encore, il est vrai, à la recherche d'un modèle adéquat d'Administration publique pour la Communauté et pour l'Union¹²¹.

43. C'est bien la Commission qui a en charge « l'intérêt commun de la Communauté »¹²². Mais « doit-elle être considérée comme un organe politique amorce d'un véritable gouvernement européen ou n'est-elle qu'un organe technique chargé d'établir et d'exécuter les décisions du Conseil des ministres? »¹²³. Dans les domaines de la concurrence, il est clair que la Commission se comporte désormais comme un organe indépendant, spécialisé et authentiquement politique¹²⁴. Le renforcement du rôle de la Commission est du reste notable ces dernières années¹²⁵. Intervenant à la fois en amont pour fixer des règles du jeu et définir les équilibres souhaitables et en aval pour contrôler les comportements individuels, l'administration communautaire cesse d'être un appareil purement technique¹²⁶.

44. On comprend dès lors qu'il soit nécessaire de « *mettre à l'échelle du pouvoir d'aujourd'hui le système de garanties qui s'est développé dans le monde d'hier* »¹²⁷. La garantie de la séparation des pouvoirs ayant pratiquement disparu, on peut penser que les garanties de la procédure équitable doivent s'imposer¹²⁸.

¹²⁰ En ce sens, F. SCHARPF, *GOVERNER L'EUROPE*, trad. de l'anglais par R. Dehousse & Y. Surel, Presses de Sciences Po, Paris, 2000.

¹²¹ Cf. J. RIDEAU, *Le système communautaire et le modèle européen d'administration publique*, AEAP, 1987, 279-296; J.-L. QUERMONE, *Trois lectures du Traité de Maastricht. Essai d'analyse comparative*, RFSP, 1992, 802-817; M. JACHTENFUCHS, *Theoretical Perspectives on European Governance*, ELJ, 1995, 115-133.

¹²² Cf. R. KOVAR, *La Commission, gardienne des Traités*, in *LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES ET L'ELARGISSEMENT DE L'EUROPE*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1974, 9-12.

¹²³ J. RIDEAU, *Traités constitutifs et Administrations dans l'Union et les Communautés européennes*, AEAP, 1993, 258. L'article 145 [202] tel qu'il résulte de l'Acte unique européen avait semble-t-il donné un début de réponse (C. BLUMANN, *Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen*, RTDE, 1988, 23-59). Signalons que le nouvel article 219 CE dispose que « la Commission remplit sa mission dans le respect des orientations politiques définies par son président ».

¹²⁴ En ce sens, L. LAUDATI, *The European Commission as Regulator: The Uncertain Pursuit of the Competitive Market*, in *REGULATION EUROPE*, G. Majone (ed.), Routledge, London, 1996, 229 et ss.

¹²⁵ Cf. R. BRENT, *The Binding of Leviathan? — The Changing Role of the European Commission in Competition Cases*, *International and Comparative Law Quarterly*, April 1995, 255-279. Le développement du contrôle des concentrations en est l'un des facteurs déterminants (I.S. FORRESTER, *Competition Structures for the 21st Century*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (1994)*, B. E. Hawk (ed.), 1995, 479).

¹²⁶ Cf. G. VILELLA, *L'ADMINISTRATION SUPRANATIONALE DANS SON CONTEXTE ECONOMIQUE. Le cas européen*, Libreria Universitaria, Bologna, 1998.

¹²⁷ J. RIVERO, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Mélanges Dabin, 1963, républié in *PAGES DE DOCTRINE*, LGDJ, Paris, 1980, Vol. I, 580.

¹²⁸ En ce sens, G.H. DOWIE, *FIT TO JUDGE? The European Commission as an Adjudicator in the Community Competition Regime*, LLM EUI, Florence, 1989. Comp., en France, D. DANET, *LA NATURE JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE*, Thèse, Institut de Gestion de Rennes, Rennes I, 1990.

C. La méthode casuistique et l'expertise

45. *Le droit administratif communautaire comporte la tendance à développer l'opportunité au détriment de la légalité formelle.* La théorie classique de la séparation des pouvoirs a pour corollaire une théorie du formalisme juridique. La loi générale et abstraite est adaptée à une Administration confinée à une tâche d'exécution. L'Administration, dont la pratique est toute entière contenue dans la Loi sous sa forme classique, se contente alors d'assurer l'ordre et de protéger les libertés des citoyens. Ainsi, « *le seul fait que l'administration, dans ses décisions particulières, est liée, sur certains points tout au moins, par une disposition générale, quelle qu'en soit la nature et quel qu'en soit l'auteur, apporte à l'administré un élément de sécurité* »¹²⁹. Or, un tel formalisme, qui s'est toujours manifesté dans l'esprit juridique par une « horreur des faits »¹³⁰, entre en contradiction avec le droit économique, qui « repose sur des données essentiellement factuelles »¹³¹. L'ambition de soumettre ce droit au formalisme classique existe¹³²; mais elle paraît vaine et peut être dangereuse¹³³.

46. L'administration économique « suit un raisonnement factualiste et inductif »: elle « part d'une observation dont elle détermine les effets réels au regard du jeu de la concurrence et des bienfaits effectifs qu'on en attend. Si l'induction rationnelle qui conduit l'analyse aboutit à considérer que l'activité du marché n'est pas troublée de façon excessive au moins, que l'intérêt national [ou communautaire] y trouve son compte, que les consommateurs ne peuvent s'en plaindre, etc., l'accord ou le comportement en cause sera jugé compatible avec les finalités de la concurrence »¹³⁴. Cette méthode prospective, comparative et inductive contraste avec la méthode traditionnelle du syllogisme juridique: « Bien que l'existence de règles juridiques préexistantes ne soit pas exclue, la méthode casuistique se distingue de la méthode légaliste qui consiste à faire entrer une espèce dans un tiroir juridique prédéterminé et défini par des textes afin d'en faire sortir les conséquences qui s'y attachent »¹³⁵. Le droit économique n'oppose plus « le *case-law*

¹²⁹ J. RIVERO, *op. cit.*, 564.

¹³⁰ L. COHEN-TANUGI, *LE DROIT SANS L'ETAT*, PUF, Paris, 1985, 50.

¹³¹ L. IDOT, *comm.*, Europe, 1995, n° 106.

¹³² Cf. G. SCHRANS, *The Morality and the Instrumentality of European Economic law*, in *MISCELLANEA W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, t. II, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 283-434. Comme le formalisme, où l'auteur voit la moralité du droit, n'est pas apparent au niveau du droit économique communautaire, il est obligé de ravalier ce droit au rang de « droit en développement », en voie de formalisation. Il est clair, plus de vingt ans après cette étude, que la situation ne s'est pas améliorée à cet égard. Le droit économique communautaire récuse l'abstraction (F. TERRE & M.-A. FRISON-ROCHE, *Présentation*, L'Année sociologique, 1999, 49, n° 2, 283-284). C'est donc le système de référence qui doit être réévalué. Le passage qu'il convient de déceler dans l'évolution du droit administratif économique n'est certainement pas entre un système sous-développé et un système formalisé de type classique, mais il s'agit bien d'une évolution vers un système « hypercomplexe ».

¹³³ Il faudrait voir si le maintien de la légalité formelle traditionnelle n'implique pas une soumission aux intérêts dont il s'agit justement de se protéger, triomphants parce que laissés sans contrôle. Il semble que Bentham ait aperçu le paradoxe (G.J. POSTEMA, *BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 404). G. TEUBNER en a fait l'analyse théorique la plus complète: « en s'autonomisant dans sa référence fonctionnelle – formalisme –, le droit tombe sous la dépendance progressive des performances qu'exige de lui son environnement social – la matérialité » (*La juridicisation: concepts, caractères, limites et alternative*, in *DROIT ET REFLEXIVITE. L'autoréférence en droit et dans l'organisation* (trad. de l'allemand par N. Boucquoy & G. Maier), Story-Scientia, LGDJ, Paris, 1994, 72).

¹³⁴ C. CHAMPAUD, *Caractères du droit de la concurrence*, J.-Cl. Concurrence - Consommation, Fasc. 30, 1991.

¹³⁵ C. CHAMPAUD, *L'idée d'une magistrature économique*, Justices, 1995, n° 1, 78.

anglo-américain » au « droit écrit latino-germain ». Il emprunte ses méthodes à la matière même des litiges et des milieux économiques d'où ils naissent.

47. De là découlent certaines difficultés contentieuses¹³⁶ et conceptuelles¹³⁷. Mais il en résulte surtout que les méthodes administratives doivent évoluer. L'administration économique privilégie l'expertise. Ainsi, « la prise de décisions technico-économiques constitue le sens le plus étroit du terme "régulation" »¹³⁸. Traditionnellement, « l'expertise était, en quelque sorte, dans sa réception par la science juridique, en situation d'extériorité. Ce n'est plus vrai en droit économique. Cette discipline va recouvrir un ensemble de matières exceptionnellement spécialisées dont le juriste devient, au sein même de cette discipline, un "expert" »¹³⁹. L'expertise n'est pas le fait d'une personne, mais d'une « structure », qui « renvoie à l'organisation globale de l'économie »¹⁴⁰. Elle n'est pas seulement une nouvelle méthode à laquelle il faut accorder plus d'importance, elle est conçue dès l'origine comme le mode même de fonctionnement de l'administration dans le domaine économique.

48. Si le droit communautaire brille par la simplicité de ses dispositions générales¹⁴¹, à l'inverse il se caractérise par la complexité de ses applications concrètes¹⁴². De ce fait, la Direction de la concurrence s'est dotée d'une structure mixte, composées d'experts à la fois

¹³⁶ En effet, les décisions fondées sur des appréciations complexes rend malaisée la distinction entre question de fait et question de droit. Il s'ensuit que les limites du pourvoi de la Cour contre les décisions du Tribunal rendues sur de telles appréciations s'avèrent difficiles à tracer (en ce sens, conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 10 novembre 1993 dans l'affaire *Hilti/Commission* (C-53/92 P), not. §§ 9, 46-47, [1994] Rec. 672, 687-688).

¹³⁷ Prenant en charge des faits économiques complexes, ce droit ne peut se passer d'une certaine « réceptivité conceptuelle » à l'égard de l'analyse économique et des moyens d'une « analyse substantielle » (Cf. D. HILDEBRAND, *THE ROLE OF ECONOMIC ANALYSIS IN EC COMPETITION RULES*, Kluwer, the Hague, 1998). F. SOUTY appelle ainsi à un « approfondissement de nos réflexions dans cette matière » (*LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPEENNE*, Montchrestien, Paris, 1997, 30). Tel est également le sens de l'entreprise de H. DUMEZ & A. JEUNEMAÎTRE qui cherchent à définir un « Etat de droit économique européen » (*LA CONCURRENCE EN EUROPE. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, Paris, 1991). De manière générale, v. G. FARJAT, *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, RIDE, 1986, 9-42. Cette analyse, élaborée en droit français, correspond aux méthodes du droit communautaire: une représentation *juridique* de la rationalité économique permet de redéfinir, derrière les contradictions apparentes entre faits économiques et formes juridiques, des rapports juridiques plus conformes aux rapports économiques réels. Des « faits pertinents », issus de la logique économique, sont sélectionnés par le droit puis intégrés à une logique de type juridique. Ainsi ce qui correspond, au sein du système juridique, à ces faits pertinents, c'est « une nouvelle réalité juridique vivante qui tend à s'imposer comme nouveau droit des relations économiques » (CREDECO, *L'évolution récente du droit économique français*, RIDE, 1991, 211-245).

¹³⁸ J. GALLOT, *Conclusion*, Petites affiches, 10 juillet 1998, n° 82, 37.

¹³⁹ P. NEHROT, *Quelques réflexions sur l'expertise en droit européen de la concurrence*, APD, t. 39, 1988, 303; également F. JENNY, *Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er Décembre 1986*, Gaz. Pal., 1997, 260-261.

¹⁴⁰ P. NEHROT, *op. cit.*, 303.

¹⁴¹ En ce sens, H. DUMEZ & A. JEUNEMAÎTRE, *LA CONCURRENCE EN EUROPE. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, Paris, 1991.

¹⁴² En ce sens, L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 121-146. La longueur des arrêts du Tribunal de première instance en témoigne à suffisance (voy., pour un exemple extrême, TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029).

juristes et économistes, et de fonctionnaires à la fois nationaux et de statut communautaire¹⁴³. Pour apprécier l'opportunité de comportements économiques complexes, le recours à des experts extérieurs s'avère souvent nécessaire¹⁴⁴.

49. Tels sont les points qui frappent quand on considère les méthodes d'analyse du droit économique communautaire. Ajoutons-y l'apparition et le développement de concepts vagues et de standards, de procédés indirects destinés à influencer les agents économiques sans les contraindre, de techniques de négociation informelle¹⁴⁵. Ensemble, ils menacent le bel ordonnancement de l'ordre administratif classique. Ils soulèvent aussitôt une question qui va beaucoup plus loin qu'un simple problème de partage des compétences: « les juristes pourront-ils supporter, dans leur organisation, dans leur formation, *ce mélange d'économie et de technologie à laquelle le droit ne semble plus prêter que sa forme?* »¹⁴⁶.

§ II. LA PROCEDURE ET L'ETAT DE DROIT

50. Le droit des pratiques anticoncurrentielles (ententes et positions dominantes) se dota d'un règlement d'application dès 1962 et d'un règlement de procédure en 1963 (C). Dans ce moment originel se lisent remarquablement les contradictions qui détermineront l'évolution ultérieure de la procédure (B). Mais il nous faut d'abord envisager la mission générale de la Commission (A).

A. La mission de la Commission

51. Que la naissance du droit communautaire de la concurrence ait été inspirée par le droit antitrust américain, cela n'est pas douteux¹⁴⁷. Mais les objectifs et les méthodes suivies se sont dissociés en cours d'évolution¹⁴⁸. Ce qui compte à présent est la doctrine économique élaborée à

¹⁴³ L'organisation de la Direction générale de la concurrence (appelée « DG IV ») reflète une conception organisationnelle commune aux organes de régulation (H. DUMEZ & A. JEUNEMAÎTRE, *op. cit.*). Au sein de la politique de la concurrence, il faut faire une place à part au contrôle des concentrations, les instructions étant menées par une unité spécialisée au sein de la DG IV, la Merger Task Force, tenue à des délais très stricts et, pour cela, dotée d'une haute compétence. Celle-ci est composée à la fois d'agents communautaires et d'experts nationaux mis à disposition de cette unité par les autorités nationales pour une certaine période (F. SOUTY, *op. cit.*, 121).

¹⁴⁴ Cf. L. IDOT, *Epilogue dans l'affaire Pâte de bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence*, Europe, 1993, Chron. n° 6. Pour un exemple d'utilisation de l'expertise économique réalisée aux fins de la procédure devant la Commission, voy. "l'affaire du carton", TPICE, 14 mai 1998, *Cascades/Commission*, T-308/94, pts 180 à 185, II-980-982. En général, G. CANIVET, *L'expertise en droit de la concurrence*, in *L'EXPERTISE*, D. Mazeaud & M.-A. Frison-Roche (coord.), Dalloz, Paris, 1995, 51-61.

¹⁴⁵ Pour une remarquable synthèse, M.-A. SANSON-HERMITTE, *DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE. Cohérence économique et sécurité juridique*, Librairies Techniques, Paris, 1981.

¹⁴⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les difficultés françaises face à la notion de régulation*, Petites affiches, 10 juillet 1998, n° 82, 25 (nous soulignons). Comp., de manière plus générale, M. POLLAK, *La régulation technologique: le difficile mariage entre le droit et la technologie*, RFSP, 1982, 165-184.

¹⁴⁷ En ce sens, R. T. JONES, *Droit antitrust américain et droit européen de la concurrence. Etude comparative*, RMC, 1975, 20-32.

¹⁴⁸ Pour une comparaison, v. L. LAUDATI, *MANAGING GLOBALISATION: INTERNATIONAL COOPERATION IN ECONOMIC REGULATION*, Thèse Droit, IUE, Florence, 1998.

Bruxelles¹⁴⁹. Celle-ci reste pourtant difficile à appréhender. D'une part, il s'agit d'une conception en constante évolution, et qui présente, dans son application, des complexités techniques considérables, au sujet desquelles différents concepts et doctrines s'affrontent¹⁵⁰. D'autre part, les droits régionaux sont en constante interaction, en sorte que « le droit de la concurrence, interne ou communautaire, prend en considération la législation américaine *antitrust*, dans un ajustement si général qu'il est même difficile de localiser ce qui serait la source de droit première par rapport aux autres »¹⁵¹.

1. Les objectifs de la politique de concurrence

52. Trois objectifs, indissolublement liés, sont propres au droit communautaire de la concurrence. L'objectif le plus important sur le plan pratique est ce que la Cour de justice a su désigner comme « le maintien d'une *concurrence effective* »¹⁵² et « *efficace (workable competition)* »¹⁵³ dans le Marché commun. Cet objectif autorise d'une part la possibilité de mener des actions positives, et non seulement d'élimination des barrières commerciales¹⁵⁴, d'autre part la possibilité de différencier « la dose de concurrence souhaitable » selon les marchés et les produits concernés¹⁵⁵.

53. L'essentiel est d'introduire la « *dose de concurrence indispensable* pour que soient respectées les exigences économiques, sociales et même morales du Traité »¹⁵⁶. Le second objectif est clairement politique: il vise l'*intégration* des marchés nationaux dans un marché unique. Aussi convient-il, selon les termes de la Commission, de « maintenir ouvert et unifié le Marché Commun » en visant « la métamorphose d'une série hétérogène de marchés un vaste

¹⁴⁹ Des éléments sur « l'école de Bruxelles » dans F. SOUTY, *op. cit.*, not. 17-38.

¹⁵⁰ De manière générale, M. GLAIS & P. LAURENT, *De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence*, Gaz. Pal., 1978, 209-215; également, l'étude synthétique de R. WESSELING, *CONSTITUTIONAL DEVELOPMENTS OF E.C. ANTITRUST LAW. The Transformation of Community Antitrust Law and its Implications*, Thèse EUL, Florence, 1999.

¹⁵¹ F. TERRE & M.-A. FRISON-ROCHE, *Présentation*, L'Année sociologique, 1999, 49, n° 2, 288. Sur les rapports entre les autorités communautaires et nationales de la concurrence, C.D. EHLERMANN, *The Evolution in Relations between the EC Commission and National Antitrust Authorities*, in *ANTITRUST FRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO COMUNITARIO*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, 55-69. Sur les relations entre la Commission et les autorités fédérales américaines, L. IDOT, *Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence: à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel*, in *LES ASPECTS CONTEMPORAINS DU DROIT DE LA DISTRIBUTION ET DE LA CONCURRENCE*, Centre de droit des affaires (Toulouse I), Montchrestien, 1996, 109-126.

¹⁵² CJCE, 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, aff. 6-72, pt 25, Rec. 246.

¹⁵³ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro/Commission*, aff. 26-76, pt 20, Rec. 1904.

¹⁵⁴ CJCE, 13 février 1969, *Wilhelm/Bunderskartellamt*, aff. 14/68, Rec. 1.

¹⁵⁵ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro/Commission*, aff. 26-76, pt 20, Rec. 1904.

¹⁵⁶ J. RUEFF, *La Cour de justice des Communautés européennes et l'économie politique*, 1965, in *ŒUVRES COMPLETES. Politique économique*, vol. III, Plon, Paris, 1979, 355-374.

marché »¹⁵⁷. Cet objectif a des effets pratiques importants, soit dans le champ d'application de l'article 82, soit dans celui de l'article 81¹⁵⁸.

54. Un troisième objectif tempère les deux premiers: il consiste à s'assurer qu'un certain degré de loyauté est garanti sur le marché. Selon la Commission, « le régime de concurrence, tel qu'il est institué par le traité, implique finalement que les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence respectent le principe de *l'équité économique*, qui prend aux yeux de la Commission une importance primordiale dans le contexte actuel »¹⁵⁹. Cet objectif comprend trois aspects: « préserver l'égalité des chances pour les opérateurs économiques du marché commun », « tenir compte de la grande variété des situations » dans lesquelles se trouvent ces opérateurs, prendre en considération les intérêts des travailleurs, des utilisateurs et des consommateurs.

2. Les pouvoirs de la Commission

55. De la combinaison de ces objectifs résultent des appréciations difficiles et complexes. Certains types d'accords seront absolument interdits. « A l'opposé — souligne F. Souty —, certains types d'accords, visant notamment à intégrer ou à exclure des opérateurs d'un processus de coordination naturelle du marché sont plus difficiles à juger d'une manière absolument négative sous l'angle strictement juridique, en raison même des divergences d'appréciations entre économistes sur le degré naturel de coordination ou de coopération des opérateurs nécessaire pour assurer l'efficacité d'un marché... »¹⁶⁰.

56. Dans ces appréciations tiennent les pouvoirs de la Commission¹⁶¹. Ceux-ci sont exprimés, dans le traité, en termes si généraux qu'une partie de la doctrine hésita même, au début, à leur reconnaître une applicabilité directe¹⁶². L'objection, certes, fut vite levée¹⁶³. Cette fonction

¹⁵⁷ Commission des C.E., *IXème Rapport au Parlement européen sur la politique de concurrence*, 1979. F. Souty qui signale que cet objectif intégrateur prioritaire est ce qui distingue la politique européenne de la politique américaine de concurrence, plus volontiers protectrice d'un espace économique fédéral déjà constitué (*op. cit.*, 25-26).

¹⁵⁸ Ainsi détermine-t-il par exemple l'appréhension des pratiques discriminatoires de prix (art. 82) ou celle des restrictions territoriales (art. 81) (S.D. ANDERMAN, *EC COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. The Regulation of Innovation*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 19-20).

¹⁵⁹ Commission des C.E., *Neuvième Rapport sur la politique de concurrence* (1979), 10. Sur la différence entre efficacité et équité économique en droit communautaire de la concurrence, voir P. MASSEY, *Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE* (1996), B. Haw (ed.), Sweet & Maxwell, London, 1997, 91-123. Pour une étude générale du rôle de l'équité économique en droit communautaire, K. MORTELMANS, *Equité et droit économique*, RIDC, 1989, 7-32.

¹⁶⁰ F. SOUTY, *LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPEENNE*, Montchrestien, Paris, 2ème éd., 1999, 47.

¹⁶¹ Article 85 § 1: « Sans préjudice de l'article 84, la Commission veille à l'application des principes fixés par les article 81 et 82. Elle instruit, sur demande d'un Etat membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des Etats membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumés aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin ».

¹⁶² Sur ce point, J.J.A. ELLIS, *Les règles de concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises*, RIDC, 1963, 304.

¹⁶³ Voy. CJCE, 30 janvier 1974, *BRT/SABAM*, aff. 127/73, Rec. 51; v. déjà les conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire *de Geus/Bosch* (aff. 13/61), [1962], Rec. 128-129.

nécessitait néanmoins des règles précises de procédure. A cette fin a été introduit l'ex-article 87 § 1 CEE¹⁶⁴.

57. Le 31 octobre 1960, la Commission soumettait la proposition d'un « premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité C.E.E. » au Conseil, lequel la transmettait pour avis à l'Assemblée parlementaire. Sur la base d'un rapport en commission, rédigé par Arved Deringer, une proposition de résolution fut adoptée par le Parlement, suggérant quelques modifications. A la suite de cette proposition, le Conseil adopta le Règlement 17/62 du 6 février 1962¹⁶⁵. De larges pouvoirs d'investigation et de contrôle furent attribués à la Commission¹⁶⁶. Le règlement relatif aux auditions n° 99/63 a été arrêté par la Commission un an et demi environ après le Règlement 17/62. H. Schröter souligne l'importance « politico-juridique » de l'adoption de ces deux règlements. A la même époque, l'organisation de la procédure dans le domaine de la CECA « est laissée à la discrétion de la Commission »¹⁶⁷. Or, étant donné son étendue, on reconnaissait que, dans la CEE, la procédure administrative devait être codifiée et adopter une forme « quasi-juridictionnelle »¹⁶⁸.

B. Les conceptions procédurales en débat

58. Après la rédaction dans la proposition initiale de la Commission de l'article concernant l'audition des intéressés (article 15 du Règlement 17/62), « le Comité économique et social demanda que les garanties de protection juridique soient renforcées, en particulier pour les tiers lésés par une entente [¹⁶⁹]. La Commission du marché intérieur du Parlement européen se saisit de cette idée et suggéra d'introduire dans le règlement même une obligation de publier l'intention de délivrer une attestation négative ou une exemption ainsi qu'un droit à être entendu pour les personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant [¹⁷⁰]. L'assemblée plénière adopta ces propositions. Elle demanda, en outre, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que le règlement n'entre en vigueur qu'après promulgation des dispositions d'application concernant la procédure

¹⁶⁴ Cet article disposait que « dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du présent traité, le Conseil, statuant à l'unanimité [ou à la majorité qualifiée après le délai précité] sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, arrête tous les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 ».

¹⁶⁵ Sur l'histoire du premier règlement d'application des articles 81 et 82 CE, J.J.A. ELLIS, *op. cit.*, 299-328.

¹⁶⁶ Cf. M.-C. BOUTARD-LABARDE, *ENQUÊTES EN VUE DE L'APPLICATION DES ARTICLES 85 & 86: DROITS ET DEVOIRS DES ENTREPRISES*, FEC - Maison Larcier, Paris, Bruxelles, 1992. Pour une comparaison avec les pouvoirs reconnus aux autorités nationales dans ce domaine, L. LAUDATI, DG IV, *SURVEY OF THE MEMBER STATES' POWERS TO INVESTIGATE AND SANCTION VIOLATIONS OF NATIONAL COMPETITION LAWS*, Office des Publications officielles des C.E., Luxembourg, 1995.

¹⁶⁷ J. THIESING, H. SCHRÖTER, I.F. HOCHBAUM, *LES ENTENTES ET LES POSITIONS DOMINANTES DANS LE DROIT DE LA C.E.E. Commentaire des articles 85 à 90 du Traité C.E.E. et de leurs textes d'application*, adapté de l'allemand par R. Dumey, Ed. Jupiter, Ed. de Navarre, Paris, 1977, 610.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 610.

¹⁶⁹ Avis de Comité économique et social du 28 mars 1961, section IV.

¹⁷⁰ Assemblée parlementaire européenne, *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur ayant pour objet la consultation demandée à l'Assemblée parlementaire européenne par le Conseil de la Communauté économique européenne sur un premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité de la C.E.E.*, M. Arved Deringer (rapporteur), Document de séance, 7 septembre 1961, Document 57, pt 121, 30 (Rapport, n° 129; proposition de résolution, article 15 § 2).

[¹⁷¹]. Le Conseil a tenu compte, dans la rédaction de l'article 19 §§ 1 et 2, des conceptions du Parlement concernant l'obligation de publication préalable et d'audition des tiers, mais il a par contre refusé de différer l'entrée en vigueur du règlement »¹⁷². Sur les règles procédurales, cependant, l'accord n'était pas total.

59. Remarquons que le débat sur les règles procédurales de concurrence fut tout de suite mis en relation avec le thème de *l'Etat de droit*. Cela manifeste sans doute l'influence que les juristes allemands ont eu, et continuent d'avoir, sur l'émergence de la politique européenne de concurrence¹⁷³. Mais il faut plutôt s'arrêter sur les conceptions, profondément divergentes, qui en sont les points d'application. Ces divergences marquent l'évolution du droit communautaire, mais elles sont communes à toutes les traditions.

60. Le Rapport Deringer adoptait une philosophie de la procédure qui se résume à une balance entre deux points. Là où les pouvoirs de la Commission sont nécessaires pour mettre en œuvre la politique de concurrence, il faut bien sûr tenir compte de la nécessité d'« assurer une surveillance efficace » et de « simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif ». Le Rapport reconnaît la nécessité d'une « pratique administrative souple et réaliste » en ce domaine: c'est l'efficacité administrative qui doit être garantie¹⁷⁴. Mais cet impératif est subordonné à un autre point de vue: « le point de vue que le règlement d'application des articles 85 et 86 doit prévoir les dispositions nécessaires en vue d'assurer la certitude quant au droit de ceux qui sont directement touchés par ce règlement ainsi que des tiers intéressés »¹⁷⁵. Ce point de vue répond « aux principes généraux en vigueur dans un *Etat fondé sur la légalité* ». Ne pas prendre en compte la protection des entreprises, c'est prendre le risque que le règlement soit annulé par la Cour de justice¹⁷⁶.

61. Les deux points généraux développés par le Rapport Deringer furent repris dans le préambule du Règlement 17/62. Cependant, l'ordre de priorité est inversé. Fixer des règles procédurales est d'abord nécessaire en vue « d'assurer une application uniforme dans le marché commun des dispositions des articles 85 et 86 ». L'efficacité dans l'application est de l'essence de la procédure administrative. « Consacrer le droit des entreprises intéressés d'être entendues par la Commission » est sans doute nécessaire. Mais la fonction essentielle de ces droits est de

¹⁷¹ Avis du Parlement européen du 19 octobre 1961, art. 15 § 2, art. 21.

¹⁷² J. THIESING, H. SCHRÖTER, I.F. HOCHBAUM, *op. cit.*, 610-611.

¹⁷³ Aussi n'est-il pas surprenant de constater que le débat se déroule sur ce terrain aujourd'hui encore, suivant des représentations issues de la théorie juridique constitutionnelle d'Outre-Rhin. Cf. J. SCHWARZE, *The Procedural Guarantees in the Recent Case-Law of the European Court of Justice*, in *INSTITUTIONAL DYNAMICS OF EUROPEAN INTEGRATION. Essays in Honour of H.G. Schermers*, vol. II, M. Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, 487-496; S. HELD, *Recent Developments in EC Procedure. Remarks from the point of view of a National Competition Authority*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (1994)*, B. E. Hawk (ed.), Kluwer, The Hague, 1995, 572). 571-578.

¹⁷⁴ Assemblée parlementaire européenne, *op. cit.*, Document de séance, 7 septembre 1961, Document 57, *Proposition de résolution*, Préambule, pt 7, 36.

¹⁷⁵ *Ibid.*, pt 8, 36.

¹⁷⁶ Assemblée parlementaire européenne, *op. cit.*, Document de séance, 7 septembre 1961, Document 57, *Rapport Deringer*, pt 121, 30.

permettre aux parties de consentir au résultat de la procédure qui serait devenu transparent pour elles.

62. Cette nuance n'est pas purement rhétorique. Elle détermine le contenu et l'étendue des droits consacrés. Le débat devra se poursuivre devant la Cour. La Cour n'annulera pas le Règlement 17/62, comme le laissait craindre le Rapport Deringer. Mais il est remarquable qu'elle se servira d'un principe général non écrit pour imposer des droits qui furent écartés par le Conseil¹⁷⁷. D'une manière générale, c'est autour de l'enjeu de la « Communauté de droit », et de la conciliation entre efficacité et protection individuelle, que se résumera la mission de la Cour et du Tribunal dans ce domaine.

C. Le statut et la fonction du règlement de procédure

63. L'audition des intéressés est prévue « discrètement » à l'article 19 du Règlement 17/62, qui dispose que « le Commission donne aux entreprises et associations d'entreprises intéressées l'occasion de faire connaître leur point de vue ». L'article 24 « autorise » la Commission à arrêter les dispositions d'application relatives aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2. Tel est l'objet des onze articles que compte le Règlement 99/63 de la Commission du 25 juillet 1963¹⁷⁸. Tandis que le Règlement de base 17/62 concerne la procédure de contrôle et les pouvoirs exercés par la Commission, le Règlement 99/63 s'attache aux droits procéduraux des personnes concernées. Il précise l'identité des personnes qui seront entendues au cours de la procédure et les conditions dans lesquelles ces droits seront exercés.

1. La nature juridique du règlement

64. Le fondement juridique du Règlement 99/63 de la Commission a fait l'objet d'une contestation dans l'affaire dite « *de la Quinine* » du 15 juillet 1970¹⁷⁹. Soulevant une exception d'illégalité à l'occasion de l'examen de la légalité d'une entente, la requérante soutenait que « la délégation à la Commission du pouvoir d'élaborer des dispositions relatives à l'audition des intéressés et des tiers, faite par l'article 24 du Règlement 17/62, concernerait une activité législative et serait, de ce fait, incompatible avec l'article 87 et avec les dispositions combinées des articles 155 et 4 du traité »¹⁸⁰. D'après la Cour, le Règlement 17/62 pris sur la base de l'article 87 n'interdit pas le Conseil d'user, comme le prévoit alors l'article 155 [211], de la délégation

¹⁷⁷ Il en est ainsi des droits comme « le droit de se défendre et de se faire représenter par un conseil » et des garanties prévues dans la procédure d'enquête comme « le droit de refuser le témoignage tout comme le secret professionnel » (Assemblée parlementaire européenne, *op. cit.*, Document de séance, 7 septembre 1961, Document 57, *Rapport Deringer*, pts 117 et 121, 30).

¹⁷⁸ Pour une exégèse de ce texte, F.-C. JEANTET, *Les droits de la défense devant la Commission de la Communauté Economique Européenne dans le contentieux de la concurrence*, JCP, 1963, I-1785.

¹⁷⁹ CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, aff. 41/69, Rec. 661.

¹⁸⁰ Ibid., pt 59, Rec. 690. Rappelons que l'article 87 § 1 [83] attribue au Conseil le pouvoir d'arrêter « tous règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 », que l'article 155 § 4 [211] attribue à la Commission le pouvoir d'exercer « les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit », et que l'article 4 [7] dispose que « chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le traité ».

réglementaire. Elle avance deux raisons¹⁸¹. D'une part, « l'article 155 du traité, qui prévoit l'attribution de compétences à la Commission par le Conseil, ne limite pas cette habilitation aux compétences non réglementaires ». D'autre part, la possibilité d'arrêter des dispositions réglementaires d'application est expressément prévue par l'article 24 du Règlement 17/62 pour compléter l'article 19 sur l'audition des intéressés et des tiers¹⁸². Démonstration peu contestable: la consécration de garanties procédurales par la voie de règlement d'application n'est-elle pas, en effet, parfaitement justifiable en termes constitutionnels, même des plus classiques? Analysant le pouvoir réglementaire conféré à la Commission, J.-V. Louis écrivait, dès 1969, qu'« il s'agit en règle générale de dispositions d'ordre technique et de procédure. Dans ces hypothèses, les pouvoirs conférés à la Commission ne dépassent pas ceux que l'Exécutif pouvait se voir confiés selon la doctrine la plus classique. A la Commission, il appartient alors essentiellement de régler la procédure d'application. Des obligations nouvelles ne peuvent être imposées ni aux Etats ni aux particuliers. Ce que la Commission ajoute au règlement — et un règlement d'exécution apporte toujours « quelque chose de nouveau » — ne touche pas au contenu même des droits réglementés, mais à des *modalités techniques d'application* »¹⁸³.

65. Le raisonnement de la Cour repose entièrement sur cette dernière considération. Selon l'avocat général Gand, « les modalités d'audition que la Commission a définies dans le règlement 99/63, pour importantes qu'elles soient, ne constituent qu'une mesure d'*exécution* de la règle posée par le Conseil »¹⁸⁴. Le principe de l'audition étant acquis, il ne revient à la Commission que « d'en fixer les détails »¹⁸⁵. Cette règle a deux prolongements. L'un est explicite dans le jugement: une délégation de nature réglementaire en matière procédurale est parfaitement régulière¹⁸⁶. L'autre est implicite: la consécration du principe des droits de la défense est de nature « législative ». Le Conseil ne peut se décharger sur la Commission du soin de fixer ces principes. Il en découle une hiérarchie entre le Règlement de base 17/62 et le Règlement

¹⁸¹ Ibid., pts 60 à 64, Rec. 690-691.

¹⁸² Selon les termes de l'article 24 du Règlement 17/62: « La Commission est autorisée à arrêter des dispositions d'application concernant la forme, la teneur et les autres modalités des demandes présentées en application des articles 2 et 3 et de la notification prévue aux articles 4 et 5, ainsi que les auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2 ».

¹⁸³ J.-V. LOUIS, *LES REGLEMENTS DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1969, 96 (nous soulignons); dans le même sens, G. VANDERSANDEN, *Entente de la Quinine*, CDE, 1971, 350.

¹⁸⁴ CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, aff. 41-69; Conclusions de l'avocat général Gand, Rec. 711.

¹⁸⁵ Ibid., pt 65, Rec. 691.

¹⁸⁶ Un autre argument était soulevé dans cette affaire par la requérante, selon lequel le Parlement n'a pas été dûment consulté sur le principe de la délégation de pouvoirs et sur son contenu. Pour y répondre, il a suffi à la Cour de rappeler que le projet de texte du Règlement 17, soumis au Parlement, contenait une disposition substantiellement identique à celle de l'article 24 du Règlement 17 (pts 68 et 69). On peut en douter: l'article 20 de la Résolution de l'Assemblée parlementaire approuvant ce projet ne portait pas sur l'audition. On peut toutefois admettre que cette réponse était rationnelle dans le principe: la disposition concernant la délégation est conforme, on l'a vu, au système constitutionnel communautaire, et à la volonté du Parlement de voir ces garanties consacrées par un règlement d'application (Cf. pt 117 du *Rapport Deringer*). Ce sur quoi le Parlement pouvait légitimement exprimer sa défiance était sur le contenu des principes édictés par le Règlement 17, non sur le principe de la délégation. Cependant, il ne disposait pas, à cet égard, de moyen contraignant. La fixation du contenu appartenait exclusivement au Conseil, sous le contrôle à la Cour de justice.

d'application 99/63¹⁸⁷. Reste une troisième question, qui est de savoir quelles sont les limites de cette délégation¹⁸⁸. Question qui a cependant perdu de l'intérêt en pratique: les évolutions jurisprudentielles ont depuis longtemps débordé le cadre défini par le Règlement 17/62.

2. L'ajustement réglementaire

66. Elaborée vite et tôt, de nombreuses règles fondamentales de procédure ne furent pas prévues par la législation de base¹⁸⁹. A ces lacunes, tant la jurisprudence de la Cour de justice que la Commission tenteront de remédier en élaborant leurs propres normes procédurales. Il reste qu'une légalisation est, pour des raisons de sécurité juridique, toujours préférable¹⁹⁰. C'est à ce souci, semble-t-il, qu'a répondu la Commission en adoptant un tout nouveau règlement de procédure, le Règlement 2842/98 entré en vigueur le 1er février 1999¹⁹¹. Le déroulement de la procédure, pour l'essentiel, reste inchangé.

67. Chacune des parties intéressées à la procédure a la faculté de participer à la procédure de décision. Toutefois, l'audition est due au titre du respect des droits de la défense pour les destinataires de la décision faisant grief, tandis qu'elle n'est qu'une possibilité pour les « demandeurs et les plaignants » d'une part, pour les « autres tiers qui justifient d'un intérêt suffisant » d'autre part¹⁹². Cette distinction, implicite dans l'ancienne réglementation, est claire désormais¹⁹³. Ce qui reste vrai, c'est que tous les intéressés doivent, à l'égal, présenter leurs observations par écrit et dans un délai strictement défini. La perspective générale demeure celle d'une procédure nettement inquisitoire, dans laquelle la défense n'intervient qu'après l'enquête, au stade final de la prise de décision.

68. En outre, le nouveau règlement apporte deux modifications, fruit de « l'expérience acquise », de l'évolution des « pratiques administratives courantes », et de la prise en compte de

¹⁸⁷ Cf. C.S. KERSE, *EC ANTITRUST PROCEDURE*, Sweet & Maxwell, London, 2nd ed., 1994, 155. La même année, la Cour entérinait le principe déjà adopté par les institutions d'un « étagement » du pouvoir normatif (CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, Rec. 1161). Sur la hiérarchie des actes de droit dérivé, D. RITLÉNG, *LE CONTRÔLE DE LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 172-173.

¹⁸⁸ La possibilité d'inclure le droit du caractère confidentiel des communications entre un avocat et son client dans le règlement d'application suscite la perplexité de l'avocat général Warner dans l'affaire *AM & S*: « nous ne sommes pas sûr que la Commission elle-même soit habilitée à modifier la législation pertinente. L'article 87 du traité ne confère le pouvoir de légiférer qu'au Conseil et, bien que celui-ci ait délégué certains pouvoirs en ce sens à la Commission au titre de l'article 24 du règlement n° 17, il n'est aucunement évident qu'ils incluent la matière en cause » (Conclusions de l'avocat général Warner présentées le 20 janvier 1981, [1982] Rec. 1638).

¹⁸⁹ Voir, dans la même perspective, en droit français, G. ROUHETTE, *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès*, in *MELANGES P. REYNAUD*, Sirey, Dalloz, Paris, 1985, 687-718; J. MOREAU, *Le caractère réglementaire ou législatif des règles de procédure administrative contentieuse*, in *MELANGES OFFERTS A M. WALINE. Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, t. II, 1974, 635-652.

¹⁹⁰ En ce sens, D. TRIANTAFYLLOU, *DES COMPETENCES D'ATTRIBUTION AU DOMAINE DE LA LOI. Etude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 343.

¹⁹¹ Règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE, JOCE L 354/18.

¹⁹² Ibid., Cons. 4, 5 et 6.

¹⁹³ La division en Chapitres (II, III et IV) du Règlement en atteste.

« la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance »¹⁹⁴. La procédure de communication du dossier était absente du Règlement 99/63. L'idée de l'insérer avait été suggérée, mais en matière économique des faits complexes, une information lourde, le risque de violer le secret d'entreprises s'y opposaient¹⁹⁵. Sous la pression de la doctrine et de la jurisprudence, la Commission a admis, dans une communication en 1997, la nécessité d'une telle procédure. Confidentialité et accès au dossier font désormais l'objet de l'article 13 du Règlement¹⁹⁶. D'autre part, la reconnaissance du rôle d'un conseiller-auditeur dans la conduite des auditions orales, à l'article 10 du Règlement, remédie aux critiques élevées contre le cumul des fonctions¹⁹⁷.

SECTION II. LES AUTRES PROCEDURES DE CONCURRENCE

69. Il y en a quatre. Chacune d'elles présente des particularités tenant aux objectifs propres dont elles doivent assurer la réalisation effective. Toutes cependant, en raison de la proximité qu'elles cultivent, chacune à sa manière, avec la réglementation d'application des articles 81 et 82 CE, obéissent à un principe d'organisation comparable: le traité et les règlements de base définissent le cadre dans lequel s'exercent les pouvoirs de la Commission; les règlements d'application définissent les droits individuels qui méritent d'être protégés.

§ I. LA PROCEDURE DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

70. *Ce qui a été protégé de l'entente ou de la domination abusive ne doit pas être rassemblé, par la fusion ou l'acquisition.* Au contrôle des comportements doit s'ajouter le contrôle des structures des entreprises. Le contrôle des concentrations est un élément capital de toute politique de concurrence. Et, cependant, à la différence du Traité de Paris, le Traité de Rome ne contient aucune disposition spécifique concernant les concentrations d'entreprises. C'est qu'en effet les fusions, au sortir de la guerre, furent plutôt encouragées: il fallait dynamiser une économie européenne moribonde¹⁹⁸. Il serait utile de retracer l'historique de la législation¹⁹⁹. Bornons-nous à souligner que le contrôle fut d'abord exercé à l'initiative de la Commission à l'aide des textes existants, articles 81 et 82, avec l'appui de la jurisprudence de la Cour²⁰⁰. Bien qu'il apparut assez

¹⁹⁴ Préambule du Règlement 2842/98, Cons. 1 et 10.

¹⁹⁵ Cf. F.-C. JEANTET, *Les droits de la défense devant la Commission de la Communauté Economique Européenne dans le contentieux de la concurrence*, JCP, 1963, I-1785, § 13.

¹⁹⁶ Notons que l'accès au dossier avait déjà été reconnu dans le Règlement 4064/89 sur les concentrations (art. 18 § 3).

¹⁹⁷ Voir *infra*, §§ 163 et ss.

¹⁹⁸ Voir *Mémoire de la Commission de la Communauté Economique Européenne sur la concentration dans le Marché Commun du 1er décembre 1965*, Coll. Etudes, Série Concurrence, n° 3, Bruxelles, 1966, publié dans la RTDE, 1966, 651-677.

¹⁹⁹ Cf. A. PAPPALARDO, *Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations*, RIDE, 1990, 3-65.

²⁰⁰ Deux arrêts se sont avérés déterminants à cet égard: CJCE, 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, aff. 6/72, Rec. 215; CJCE, 17 novembre 1987, *British American Tobacco et Industries/Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, Rec. 4487.

vite que ces dispositions étaient mal adaptées aux fins d'un tel contrôle²⁰¹, près de seize années de débat et de négociations furent nécessaires pour parvenir à un compromis et à l'adoption du Règlement 4064/89 entré en vigueur le 21 septembre 1990²⁰². Il est certain que l'adoption de ce règlement bénéficia de la volonté de consensus affichée par l'Acte unique en vue d'achever la construction du marché intérieur²⁰³.

A. L'originalité du contrôle

71. Le Règlement 4064/89 inclut d'une part une définition et une description des critères d'appréciation des opérations de concentration, d'autre part une description de la procédure de contrôle²⁰⁴. Au fond, le règlement *communautaire* des concentrations comporte une double originalité: d'une part, il s'agit d'un droit fondé, non sur des décisions politiques²⁰⁵, mais sur des décisions adoptées par un organe administrativo-politique²⁰⁶; d'autre part, il s'agit d'un droit « conflictualiste »²⁰⁷. Le critère d'adoption des décisions sera donc avant tout d'ordre technique et économique; l'usage de l'analyse économique est, d'ailleurs, l'un des apports majeurs du droit de contrôle des concentrations au droit de la concurrence communautaire²⁰⁸. Ces décisions n'en revêtent pas moins une « forte valeur politique »: « méconnaître cette valeur politique et n'en concevoir que la dimension économique serait un contresens grave à l'égard des circonstances historiques qui ont encadré et défini le contrôle des concentrations »²⁰⁹. Le droit du contrôle des concentrations est sans doute la branche la plus exposée aux contradictions économiques et sociales de la politique de concurrence. Les réticences des Etats ponctuant le processus de révision du Règlement 4064/89, qui a conduit à l'adoption du Règlement 1310/97²¹⁰, ne font que confirmer « l'incertitude et l'instabilité originelle de la matière »²¹¹.

²⁰¹ F. SOUTY, *LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPEENNE*, Montchrestien, Paris, 1997, 95 et ss.

²⁰² Cf. J.-P. DE LA LAURENCIE, *Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux*, Dalloz, Chron., 1990, 141-146; J.-L. DECHERY, *Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations*, RTDE, 1990, 307-328.

²⁰³ Cf. J. ZACHMANN, *LE CONTROLE COMMUNAUTAIRE DES CONCENTRATIONS*, LGDJ, Paris, 1994, 7.

²⁰⁴ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises, JOCE 1989 L 395/1, version rectifiée JOCE 1990, L 257/13.

²⁰⁵ Ainsi, en France, en Allemagne ou en Grande-Bretagne, ce contrôle est directement du ressort du ministre de l'économie.

²⁰⁶ H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE, *LA CONCURRENCE EN EUROPE. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, Paris, 1991, 156.

²⁰⁷ Au sens où, comme l'explique très bien E. PUTMAN, « le droit communautaire des concentrations est avant tout un droit des conflits d'autorités: la question de l'autorité compétente détermine celle du droit (communautaire ou national) applicable » (*CONTENTIEUX ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 1998, 391). En règle générale, dès lors qu'une concentration d'entreprises atteint « une dimension communautaire », les autorités nationales cessent d'être compétentes.

²⁰⁸ Pour une présentation simple des modèles d'analyse dominants, M. MOTTA, *Economic Analysis and EC Merger Policy*, EUI, WP RSC, 2000/3, Florence, 2000. Sur cette base s'est d'ailleurs développée une collaboration étroite entre les services de la Commission et les services américains chargés de la concurrence. L'objet d'échanges est constitué le plus souvent d'analyses économiques.

²⁰⁹ F. SOUTY, *op. cit.*, 1997, 94.

²¹⁰ Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE 1997, L 180/1.

²¹¹ En ce sens, G. FARJAT, *Editorial*, RIDE, 1998/2, 106. En témoigne encore le fait que la Commission et le Conseil ont déjà prévu de revoir les seuils après une courte période d'évaluation à venir (A. PAPPALARDO, *Les nouvelles règles en matière de contrôle communautaire des concentrations d'entreprises*, RIDE, 1998, 177-178).

72. L'instabilité tient à la complexité même de la matière. En apparence, l'objectif est clair: il est, en ce secteur comme dans l'ensemble de la politique de la concurrence, de veiller à l'intérêt du consommateur. En fait, on peut distinguer, schématiquement, deux types de situations. Si la concentration atteint la dimension d'une structure de marché anticoncurrentielle, c'est la liberté économique qui est menacée; on dira que l'opération en cause « entraîne un préjudice durable pour la concurrence »²¹². La Commission sera alors chargée de prendre « les décisions visant à rétablir la concurrence effective »²¹³. Mais si la concentration permet d'atteindre une taille critique et d'obtenir une organisation plus efficace sans fausser le jeu de la concurrence, c'est le marché qui devient plus dynamique; on dira que la concentration est un bon moyen de créer des « champions nationaux (au sens d'européens) »²¹⁴. Dans la perspective d'un marché unique européen, capable de faire face à la compétition internationale, ces opérations devront être favorisées.

73. En pratique, la distinction entre ces deux genres de situations est subtile et complexe. C'est pourquoi le contrôle des concentrations ne se conçoit qu'à l'aide d'un dispositif de surveillance sophistiqué, faisant appel à des études d'experts, à des appréciations juridiques concrètes, et à la parfaite transparence des opérations concernées²¹⁵.

B. Les garanties du contrôle

74. L'efficacité de ce contrôle réside essentiellement dans son caractère préventif et la rapidité de son exécution. Le principe en est la notification obligatoire de toute concentration de dimension communautaire assortie de l'interdiction de réaliser l'opération notifiée pendant un certain laps de temps. C'est dire l'importance de la forme de la notification. Une série de textes pris par la Commission sont venus préciser les conditions d'application du texte de base. Parmi ceux-ci se trouve le règlement de procédure. C'est, à l'origine, le Règlement 2367/90, remplacé en 1994 par un nouveau Règlement 3384/94, auquel fut substitué en 1998, à la suite de modifications du règlement de base, le Règlement 447/98²¹⁶. Son objet est, à titre principal, de « prévoir l'utilisation d'un formulaire afin de simplifier et d'accélérer l'examen des notifications »²¹⁷ et les délais de traitement des dossiers²¹⁸.

230). Nombreuses sont les déclarations du Conseil, de la Commission ou des Etats qui font état de leurs réserves quant à l'application de ce nouveau règlement (*XIXème Rapport sur la politique de concurrence*, 283).

²¹² Règlement 4064/89, cons. 5.

²¹³ Ibid., cons. 16.

²¹⁴ Voir F. SOUTY, *op. cit.*, 1997, 124.

²¹⁵ Ibid., 125. Les divergences d'appréciation demeurent, cependant. Elle reflètent pour partie des différences d'approches nationales (en ce sens, U.C. MOUSSIS, *L'influence française et allemande dans la conception du règlement communautaire sur les concentrations*, RMUE, 1995, 396-404).

²¹⁶ Règlement (CE) n° 447/98 de la Commission du 1er mars 1998 relatif aux notifications, délais et aux auditions prévus par le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentrations, JOCE 1998, L 61/1.

²¹⁷ Règlement 447/98, cons. 5. Des précisions sur ce formulaire dit « formulaire CO » sont données en annexe du règlement.

²¹⁸ Ibid., cons. 8. Dans ce domaine, il est nécessaire d'agir vite. D'ailleurs, la contrainte de temps constitue l'apport principal sur le plan procédural du droit du contrôle des concentrations au droit de la concurrence: elle a

75. En vertu de l'article 18 du Règlement 4064/89, la Commission donne aux intéressés l'occasion de se faire entendre à tous les stades de la procédure. Il tire les enseignements de la procédure d'application des articles 81 et 82 CE et prévoit l'audition et l'accès des parties « directement intéressées »²¹⁹. A cet égard, le Règlement 3384/94 accomplissait déjà un progrès considérable en apportant des précisions importantes sur « les parties intéressées » par la procédure. Il opérait une distinction utile entre « les parties qui notifient la concentration, les autres parties intéressées, les parties tierces, et, enfin, les parties auxquelles la Commission a l'intention d'infliger, par voie de décision, une amende ou des astreintes »²²⁰. La distinction est reprise par le dernier Règlement. En outre, il intègre le rôle du conseiller-auditeur²²¹. L'audition, cependant, ne concerne que la procédure formelle, engagée en cas de doutes sérieux sur la compatibilité de l'opération de concentrations avec le Marché commun²²². Les entretiens informels ainsi que la procédure préalable d'examen de l'opération sont libres de toute garantie.

§ II. LA PROCEDURE DE CONTROLE DES AIDES PUBLIQUES

76. Le contrôle des aides publiques prévu aux articles 87 à 89 du traité CE est une partie de la politique de concurrence dont le but est d'établir, conformément à l'article 3 g) du traité, « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ». La présomption est donc qu'une aide accordée par un Etat à une entreprise nationale « implique généralement un conflit d'intérêts entre, d'une part, les agents économiques qui en bénéficient et, d'autre part, leurs concurrents dans les autres Etats membres qui, corrélativement, se trouvent mis dans une position moins favorable sur la marché communautaire que celle qui serait normalement la leur »²²³. Considérée sous l'angle de la concurrence, l'aide est regardée avec méfiance.

77. On sait que l'un des moyens privilégiés des politiques industrielles nationales est précisément d'aider directement les entreprises ou les secteurs économiques qu'ils considèrent comme les plus utiles à la réalisation des objectifs nationaux, pour des raisons économiques ou sociales. Il en résulte un « pouvoir discrétionnaire traditionnellement reconnu par le droit interne à la puissance publique pour aménager le régime de ses interventions dans le secteur

provoqué un changement dans le comportement de la DG IV (J.S. VENT, *The Influence of Merger Control on EC Competition Law — A Practitioner's View*, Séminaire de l'EUI, Florence, 11 mars 1999).

²¹⁹ Les modifications de nature procédurale apportées par le règlement de base n° 1310/97 sont mineures mais importantes du point de vue pratique: elles constituent une consécration de pratiques déjà existantes, destinées à alléger la procédure. Elles concernent les restrictions accessoires à apportées à l'opération notifiées, les modifications que les parties peuvent proposer d'apporter afin d'obtenir une autorisation (art. 6), la possibilité d'obtenir une dérogation (art. 7), les exceptions au principe du « guichet unique » (art. 9 et 22) (Cf. A. PAPPALARDO, *Les nouvelles règles en matière de contrôle communautaire des concentrations d'entreprises*, RIDE, 1998, 197-199).

²²⁰ Règlement 3384/94, cons. 7.

²²¹ Institué par une Décision de la Commission du 12 décembre 1994, il n'avait pas encore été intégré au règlement de procédure.

²²² Article 6 du Règlement 4064/89 modifié par le Règlement 1310/97.

²²³ Commission des C.E., *Premier Rapport sur la politique de concurrence* (1971), § 133.

économique »²²⁴. La logique communautaire s'oppose à ces pratiques. Elle impose une incompatibilité de principe avec le marché commun des aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat. Ainsi conçu, le droit du contrôle des aides communautaire implique clairement un « déperissement du libre interventionnisme économique » étatique²²⁵.

78. L'interdiction est tempérée, néanmoins, par une série de dérogations. Certaines sont prévues par le traité, aux paragraphes 2 et 3 de l'article 87 du traité²²⁶. Mais la plupart procèdent de l'appréciation discrétionnaire de la Commission. Il est des cas où l'Etat peut renverser la présomption, en démontrant que l'aide est compatible avec le Marché commun. « Il faut pour cela, indique M.-A. Hermitte, que la restriction de concurrence soit compensée par des avantages »²²⁷. Ces avantages ne rencontreront l'assentiment de la Commission, par définition exceptionnel, que s'il s'agit de mesures *transparentes, nécessaires* et concourant à *l'intérêt communautaire*²²⁸. Cette dernière notion est capitale; son interprétation demeure, ici comme dans toutes les branches du droit économique communautaire, délicate.

79. C'est qu'elle est liée à des analyses économiques complexes. D'un point de vue économique, une aide n'est pas nécessairement *nocive*, elle peut être *utile*. Dès lors, une doctrine économique devra déterminer les critères de la distinction. Schématiquement, on peut distinguer deux types de situations. Si l'aide n'a d'autre but que de soutenir artificiellement une activité, la Commission voudra rétablir une concurrence effective, et, en toute rigueur, il vaudra mieux que l'entreprise ou le secteur en cause disparaisse pour assainir le marché. Mais si l'aide permet de restructurer l'entreprise ou le secteur en cause afin d'obtenir un secteur plus compétitif et innovant, elle pourra être approuvée. En pratique, le droit des aides échappe difficilement à la casuistique.

A. Un contrôle étendu

80. Pour assurer la mise en œuvre de ce régime, l'article 88 organise un système de contrôle et en attribue la responsabilité à la Commission. A la différence du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, la Commission jouit, en ce domaine, d'une compétence exclusive²²⁹. Ce système repose sur deux mécanismes distincts : la Commission procède d'une part à l'examen permanent des aides existantes, d'autre part au contrôle préalable des aides nouvelles qui doivent lui être notifiées par les Etats membres. Au terme de cet examen, la Commission autorise les

²²⁴ M. BAZEX, *Règles de concurrence applicables au secteur public*, J.-Cl. Europe, Fasc. 1500, n° 6.

²²⁵ En ce sens, I. CROZIER, *L'OFFENSIVE DE LA CEE CONTRE LES AIDES NATIONALES*, Ed. Apogée, Rennes, 1993, 19. Sur l'importance croissante des aides étatiques dans l'Union européenne, C. ROUAM, *LE CONTROLE DES AIDES D'ETAT AUX ENTREPRISES DE L'UNION EUROPEENNE*, Economica, Paris, 1998.

²²⁶ A la différence du traité CECA qui édicte une interdiction absolue des aides (Article 4 CECA).

²²⁷ M.-A. HERMITTE, *Aides des Etats membres*, J.-Cl. Europe, 1989, fasc. 1520, n° 3.

²²⁸ Sur tous ces points, J.-Y. CHEROT, *LES AIDES D'ETAT DANS LES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Economica, Paris, 1998.

²²⁹ En conséquence, les juridictions nationales n'ont pas compétence pour statuer sur la compatibilité d'une aide publique (CJCE, 19 juin 1973, *Capolongo/Maya*, aff. 77/72, Rec. 611). Le Conseil dispose cependant d'une compétence d'exception, puisqu'il peut décider qu'une aide bénéficiera d'une dérogation, si des circonstances exceptionnelles le justifient (article 88, § 2, al. 3 CE).

aides qu'elle juge compatibles, en imposant éventuellement certaines modifications, et interdit les aides incompatibles, en demandant éventuellement à l'Etat de récupérer l'aide indûment versée. Il est clair que, dans l'esprit des rédacteurs du traité de Rome, ces dispositions de base devaient être complétées par une réglementation dérivée. Ainsi en dispose l'ex-article 94 [89] du traité: « Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 92 et 93... ». Pour des raisons politiques d'abord, cette faculté donnée au Conseil de légiférer fut longtemps ignorée.

81. Aussi, afin d'exercer son contrôle de manière efficace, la Commission s'est vue reconnaître par la Cour de justice un large pouvoir discrétionnaire: en amont, en étant libre de déterminer les critères d'appréciation qui guideront sa pratique²³⁰; en aval, en pouvant ordonner la suppression ou la modification des aides illégalement versées²³¹. Ainsi, la Commission a pu promouvoir une politique, non pas passive, de simple contrôle des aides incompatibles avec le Marché commun, mais active, « d'encadrement de l'intervention étatique en faveur des entreprises »²³² et de construction du marché intérieur²³³: ce qu'on a pu appeler une « discipline des aides d'Etat ». Le contexte politique explique que, en l'absence de toute intervention réglementaire du Conseil, la Commission se soit octroyée, avec l'aide de la Cour, une large autonomie et un pouvoir normatif « de substitution »²³⁴. Cela paraissait indispensable pour conférer une certaine sécurité juridique aux Etats et aux opérateurs économiques concernés²³⁵. Mais, ainsi, durant plus de trente ans, les « règles générales de procédure » ont été définies « au coup par coup » dans des décisions de la Commission et des arrêts de la Cour, qui s'est inspirée pour cela de la réglementation en vigueur en matière de pratiques anticoncurrentielles²³⁶.

B. Le nouveau règlement de procédure

²³⁰ CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris/Commission*, aff. 730/79, Rec. 2671. Pour une synthèse de l'activité de la Commission en matière de contrôle des aides d'Etat dans une période très active, M. DONY-BARTHOLOME, *Aides d'Etat*, JTDE, 1998, 97-105; pour une synthèse de l'activité du Tribunal durant la même période: L. IDOT, *La jurisprudence du Tribunal en matière d'aides d'Etat*, Europe, 1998, Chron. n° 9.

²³¹ Article 88 § 2 al. 1 CE. Voir M. PITTIE & W. EYSKENS, *La récupération des aides communautaires contraires au traité CE*, JTDE, 1998, 73-80; M. PIETRI & D. SIMON, *La jurisprudence en matière de répétition de l'indu: confirmations, précisions, infléchissements?*, Europe, 1998, Chron. n° 8.

²³² M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, fasc. 1520, n° 4.

²³³ Cf. C.-D. EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, CMLR, 1992, 257-282; *adde*: G.M. ROBERTI, *Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales*, AJDA, 1993, 397-411.

²³⁴ Lire à ce sujet M.P. SMITH, *Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy*, JCMS, 1998, 55-78.

²³⁵ Ce pouvoir pose toutefois un problème juridique. Quelle est la nature et la valeur des actes ainsi adoptés? Il s'agit du problème classique en droit administratif d'auto-limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cf. J. BIANCARELLI, *Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques*, AJDA, 1993, 412-436. Les arrêts à consulter sont à cet égard: CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS e.a./Commission*, C-313/90, I-1125; TPICE, 30 avril 1998, *Cityflyer Express Ltd*, T-16/96; 30 avril 1998, *Het Vlaamse Gewest*, T-214/95. La règle jurisprudentielle est que la Commission est tenue d'appliquer dans ses appréciations individuelles les lignes directrices qu'elle a définies dans l'acte général.

²³⁶ Les règles de procédure figuraient dans un Guide publié par la Commission, *Droit de la concurrence dans les Communautés européennes. Volume IIA : Règles applicables aux aides d'Etat*, Bruxelles, Luxembourg, 1995, 25 et ss.

82. Cette technique devait montrer ses limites: trop d'incertitudes tenaient à la technique des « lignes directrices », trop de contestations se portaient sur la procédure, en raison de l'augmentation de la charge de travail des services dans ce secteur, du manque de transparence et de cohérence dans la gestion des dossiers. La Commission et le Conseil se décidaient finalement, en 1998, à recourir au pouvoir réglementaire de l'article 89. Une proposition de règlement de procédure fut présentée par la Commission le 24 février 1998²³⁷. Elle aboutit à l'adoption par le Conseil d'un Règlement de procédure 659/1999, entré en vigueur le 16 avril 1999²³⁸.

83. Notons cependant que la proposition de la Commission n'intervenait pas en terrain vierge: d'un côté la jurisprudence de la Cour avait déjà fait œuvre utile, de l'autre la doctrine et les praticiens formulaient de nombreuses propositions, aboutissant en 1997 à une proposition de règlement présentée par l'Association Européenne des Avocats²³⁹. Avec la proposition de la Commission, il s'agit, pour l'essentiel, de renforcer *l'efficacité du contrôle*²⁴⁰. A cet effet sont prévues un ensemble de dispositions contraignantes: possibilité d'ordonner la récupération provisoire d'une aide illégale; possibilité d'opérer des contrôles sur place pour vérifier le respect de ses décisions; publication de la décision dans la seule version linguistique faisant foi. Ces propositions sont reprises par le nouveau règlement, qui assortit la récupération de conditions très strictes et ajoute à la procédure des conditions nouvelles de délais: deux mois pour la phase préliminaire, dix-huit mois pour la procédure formelle.

84. Prenant acte de l'évolution jurisprudence communautaire, la Commission admet qu'il faut garantir « les droits des intéressés »²⁴¹. Ces droits, cependant, ne concernent que la procédure formelle d'examen. Et, ce qui est essentiel, c'est qu'elle entend maintenir « le principe selon lequel les décisions en matière d'aides d'Etat sont adressées à l'Etat membre concerné »²⁴². Elle choisit ainsi de se placer « dans la perspective traditionnelle selon laquelle le contrôle des aides publiques s'inscrit dans le cadre d'un dialogue bilatéral entre la Commission et les Etats membres concernés, dialogue duquel les tiers intéressés, en particulier les entreprises concurrentes des bénéficiaires des aides, sont largement tenues à l'écart »²⁴³. De ce fait, elle exclut clairement les avancées procédurales suggérées par le Tribunal de première instance²⁴⁴, ainsi que les propositions formulées par les Avocats européens²⁴⁵.

²³⁷ Proposition de règlement (CE) du Conseil portant modalités d'application de l'article 93 du traité, présentée par la Commission le 24 février 1998, JOCE 1998, C 116/13.

²³⁸ JOCE 1999, L 83/1.

²³⁹ Cf. T. MÜLLER-IBOLD, *The AEA Proposal for a Regulation on State Aid Procedure*, in *UN RÔLE POUR LA DÉFENSE DANS LES PROCÉDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 183-231.

²⁴⁰ JOCE 1998, C 116/13, cons. (2).

²⁴¹ JOCE 1998, C 116/13, cons. (7).

²⁴² Ibid., cons. (18).

²⁴³ J.-P. KEPPELNE, *(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'Etat*, RMUE, 1998/2, 142.

²⁴⁴ Nous verrons qu'un arrêt du Tribunal tendait à attribuer aux tiers une position procédurale privilégiée (TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, II-2651). La proposition de la Commission, qui date de février, a cependant été bientôt confortée par l'arrêt en pourvoi de la Cour, rejetant l'analyse du Tribunal (CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, I-1719).

²⁴⁵ Accroître la transparence et développer les droits procéduraux des tiers intéressés sont les objectifs prioritaires de la proposition de règlement des Avocats. La conséquence en est que la réglementation est capable de

85. Le règlement adopté consacre un nouveau chapitre VI aux « droits des parties intéressées ». A leur égard, il est seulement prévu des « possibilités »²⁴⁶ de présenter des observations au cours de la procédure formelle, d'informer la Commission de toute aide illégale et d'obtenir copie des décisions adoptées dans ce cadre²⁴⁷. Le but en est de « permettre à la Commission de recueillir toutes les informations dont elle a besoin pour évaluer la compatibilité de l'aide », tout en assurant « la transparence et la sécurité juridique » des décisions adoptées²⁴⁸. Pareille approche interdit de considérer que les tiers bénéficient de véritables « droits » procéduraux, à l'égal de ceux reconnus à l'Etat membre concerné. Si celui-ci mérite d'être mieux protégé au cours de la procédure, c'est qu'il reste le seul « destinataire » de la décision²⁴⁹.

§ III. LA PROCEDURE DE CONTROLE DES ENTREPRISES PUBLIQUES

86. *Un droit de la concurrence, pour être complet, doit embrasser toutes les catégories d'entreprises: non seulement le comportement des entreprises privées qui faussent le jeu de la concurrence, mais aussi celui des entreprises publiques qui adoptent un comportement contraire au traité ou qui, par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs, acquièrent une position avantagée sur le marché, mettant ainsi en péril les conditions de la libre concurrence*²⁵⁰. Car « si les règles de la concurrence n'étaient valables que pour les entreprises privées, il y aurait des distorsions de concurrence lorsque des entreprises privées et des entreprises publiques exercent leurs activités dans le même secteur économique »²⁵¹. En ce sens, le Tribunal déclare que « l'article 86, paragraphe 3, de par sa place dans l'économie du traité et sa finalité, s'insère parmi les règles dont l'objet est d'assurer le libre jeu de la concurrence et tend donc à protéger les opérateurs économiques contre les mesures par lesquelles un Etat membre mettrait en échec les libertés économiques fondamentales consacrées par le traité »²⁵². Au terme de cet article, la Commission dispose de pouvoirs de surveillance étendus. Leur mise en œuvre a, cependant, donné lieu à « d'importants débats dans la doctrine communautaire depuis le début des années 60 »²⁵³.

distinguer, parmi les intéressés, entre l'Etat membre et les bénéficiaires d'une part, les plaignants et les entreprises concurrentes d'autre part (Article 2, *The AEA Proposal for a Regulation on State Aid Procedure*). Tous deviennent parties à part entière de la procédure (art. 19-20). Leurs droits — l'audition mais aussi l'accès au dossier —, avant toute décision, sont garantis (art. 34).

²⁴⁶ Cons. (16) du Règlement 659/1999, JOCE 1999, L 83/1.

²⁴⁷ Art. 20 du Règlement 659/1999.

²⁴⁸ Cons. (8) et (21) du Règlement 659/1999.

²⁴⁹ Art. 25 du Règlement 659/1999.

²⁵⁰ L'article 86 § 1 du traité dispose: « Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus ».

²⁵¹ A. DERINGER, *Les règles de concurrence au sein de la C.E.E. (analyse et commentaires des articles 85 à 94 du traité)*, RMC, juillet-août 1966, 661.

²⁵² TPICE, 3 juin 1999, *TF1/Commission*, T-17/96, pt 50, II-1778

²⁵³ L. M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du traité CEE. Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission*, RTDE, 1991, 187.

87. Dès 1976, dans son Cinquième Rapport sur la politique de concurrence, la Commission indiquait que son travail se trouvait souvent entravé par le manque de transparence qui caractérise les relations financières entre les Etats et les entreprises visées à l'article 86 § 1. Pour cette raison, aucune mesure dans ce domaine ne pouvait être prise, et la nature exacte des pouvoirs de la Commission restait floue. La Directive sur la transparence, annoncée²⁵⁴, ne verra le jour qu'en 1980²⁵⁵. La Cour de justice en tira tout de suite profit pour préciser l'étendue des pouvoirs reconnus à la Commission. En 1982, rejetant l'argument des requérants suivant lequel la Commission serait incompétente pour exercer un pouvoir législatif par voie de directives en l'absence d'une délégation expresse du Conseil, elle déclara que la Commission tenait sa compétence des « nécessités inhérentes à son devoir de surveillance »²⁵⁶.

88. Mais l'article 86 § 3 distingue deux types de pouvoirs: un pouvoir « préventif », par voie de directives fixant des normes générales et impersonnelles, et un pouvoir « répressif », s'exerçant par voie de décisions fixant des obligations particulières aux Etats membres²⁵⁷. L'éclaircissement obtenu sur le plan normatif augurait d'un éclaircissement semblable sur le plan décisionnel. Reste qu'il fut long à venir. En 1985, une première décision fut adoptée en ce domaine par la Commission²⁵⁸. Or, à cette époque, on pouvait encore soutenir que les décisions de l'article 86 § 3 devaient être considérées comme de simples avis, seulement dotées d'un certain « poids moral »²⁵⁹. Cette thèse fut invalidée par la Cour dans un arrêt du 30 juin 1988²⁶⁰. Désormais, il est clair que les décisions édictées sur la base de l'article 86 § 3 « appartiennent à la catégorie générale des décisions prévues à l'article 189 [249] ».

89. Aucun règlement de procédure n'est prévu. Les solutions sont jurisprudentielles, et reproduisent, pour l'essentiel, le principe d'un dialogue bilatéral entre la Commission et les Etats membres dégagé en matière de contrôle des aides²⁶¹. Reste que, à la différence du secteur des aides, on ne peut guère espérer en ce domaine de légalisation. D'abord, il n'existe pas d'équivalent de l'article 89 du traité. Et, surtout, « il est probable que la voie de l'article 90 § 3 ne devrait plus guère être empruntée dans l'avenir », l'usage de l'action en manquement étant jugé préférable pour la Commission²⁶².

²⁵⁴ Voir ainsi Commission des C.E., *Cinquième Rapport sur la politique de concurrence* (1975), 117.

²⁵⁵ Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980, JOCE 1980, L 195/35.

²⁵⁶ CJCE, 6 juillet 1982, *France, Italie et Royaume-Uni/Commission*, aff. jtes 188 à 190/80, pt 14, Rec. 2575. De manière plus précise, l'avocat général Reischl soutenait que « l'article 90 § 3 du traité attribue clairement à la Commission la mission d'agir, non seulement en réaction, mais aussi de manière prophylactique, pour empêcher les violations du traité » (Rec. 2587); voir aussi M. BAZEX, *Chronique de jurisprudence*, RTDE, 1983, 639-643; CJCE, 19 mars 1991, *France/Commission*, C-202/88, pt 14, I-1263.

²⁵⁷ Sur cette distinction, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90, § 3, du traité de Rome*, RMC, 1994, 601-610.

²⁵⁸ Décision 85/276 de la Commission du 24 avril 1985, JOCE 1985, L 152/25.

²⁵⁹ A. PAPPALARDO cité par F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*, 1994, note 46.

²⁶⁰ CJCE, 30 juin 1988, *Commission/Grèce*, aff. 226/87, Rec. 3623, pts 11 et 12.

²⁶¹ Sur les limites de cette analogie et le procédé de *jurisdictio* que détient la Commission en vertu de cet article, A. DECOCQ, *Les pouvoirs de la Commission selon l'article 90, § 3, du traité instituant la Communauté européenne*, in *L'UNITE DU DROIT. Melanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, 203-224.

²⁶² En ce sens, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*, 1994, 610.

§ IV. LA PROCEDURE DE CONTROLE ANTIDUMPING

90. *Le régime de concurrence qui est protégé à l'intérieur ne doit pas être faussé de l'extérieur.* Le système communautaire de défense contre les pratiques de dumping est difficile à définir. M.-A. Hermitte a proposé de le considérer comme un « système quasi douanier »²⁶³, parce qu'il permet d'instituer des droits s'appliquant à l'ensemble des importations en provenance d'un pays déterminé. De manière générale, le droit du contrôle antidumping communautaire est une partie de la politique commerciale commune dont le but est d'organiser les rapports du Marché commun avec le reste du monde, « la défense étant la contrepartie logique de l'ouverture »²⁶⁴. Il paraît ainsi très éloigné du droit de la concurrence²⁶⁵. Son but n'est pas à proprement parler la défense du consommateur mais celle de l'industrie communautaire vis-à-vis d'activités commerciales anormales²⁶⁶. A y regarder de près, cependant, il apparaît que « la réglementation antidumping n'a pas pour objet d'empêcher l'importation de produits à bas prix, et n'a pas non plus pour objet de protéger contre de telles importations les secteurs industriels en difficulté »; il s'agit bien plutôt d'un système de défense des règles de l'économie de marché qui prévalent dans la Communauté, dont le but est « empêcher l'importation de produits dont le prix n'est pas loyal »²⁶⁷. De ce point de vue, le dumping peut très bien être défini comme un « acte de concurrence déloyale »²⁶⁸ — complétant utilement l'arsenal du droit économique communautaire centré sur la concurrence²⁶⁹. Que « les pratiques de dumping » *intra-communautaires* aient été une section du chapitre sur les règles de concurrence est déjà révélateur d'une option fondamentale des auteurs du traité²⁷⁰. Disons que le droit communautaire poursuit en ce secteur deux objectifs, étroitement dépendants l'un de l'autre: « défendre les producteurs de la Communauté contre la concurrence déloyale des pays tiers », et « assurer plus largement la loyauté et l'équité des conditions du commerce international dans l'optique d'un système commercial ouvert »²⁷¹.

A. Un contrôle « hybride »

²⁶³ M.-A. HERMITTE, *Dumping en droit communautaire*, J.-Cl. Europe, 1989, Fasc. 2310, n° 5 et ss.

²⁶⁴ La politique commerciale commune est l'une des trois politiques communes expressément prévues par le traité CE (art. 3 b).

²⁶⁵ La Direction qui en est chargée est la Direction générale du Commerce.

²⁶⁶ Cf. W. MULLER, N. KAHN & H.-A. NEUMANN, *EC ANTI-DUMPING LAW. A Commentary on Regulation 384/96*, John Wiley & Sons, Chichester, 1998, 29.

²⁶⁷ M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, fasc. 2310, n° 19 (souligné par l'auteur).

²⁶⁸ Cette qualification a été adoptée par la Commission elle-même dans l'affaire des « Paliers à roulements » (JOCE 1986, L 221/7).

²⁶⁹ Tant il est vrai que « la prévention des abus de la puissance économique et des pratiques restrictives de concurrence, ce qu'on appelle communément « le droit antitrust », ne recouvre pas l'intégralité du champ balayé par le droit de la concurrence. Celui-ci contient aussi des règles destinées à protéger les entreprises contre des agissements concurrentiels considérés comme illicites, à raison des méthodes qu'ils recouvrent » (C. CHAMPAUD, *Caractères du droit de la concurrence*, J.-Cl. « Concurrence -Consommation », Fasc. 30, 1991, n° 11).

²⁷⁰ Ex-art. 91 CEE abrogé.

²⁷¹ J. BOUDANT, *L'ANTI-DUMPING COMMUNAUTAIRE*, Economica, Paris, 1991, 64.

91. Le droit antidumping communautaire est, dans une large mesure, un droit d'emprunt, étant « avant tout un droit de réalisation des engagements souscrits au GATT »²⁷². Le Règlement 459/68 du Conseil du 5 avril 1968 constitue la transposition dans l'ordre juridique communautaire des dispositions du « Code anti-dumping », par lequel est désigné « l'Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, conclu à Genève à l'issue du Cycle de Kennedy le 30 juin 1967. Or, comme le souligne encore J.-F. Bellis, « nombre de dispositions du Code sont reproduites intégralement dans le règlement 459/68 »²⁷³. Dès l'origine, la réglementation communautaire de l'antidumping se situe au sein d'un processus d'harmonisation internationale des procédés de lutte contre le dumping initié par le GATT, tout en le complétant²⁷⁴. L'idée est d'éviter la « guerre économique », qui aboutirait à une escalade de représailles juridiques préjudiciable à l'ensemble des acteurs concernés²⁷⁵. Les négociations du Cycle de Tokyo menées entre 1973 et 1979 aboutirent à l'adoption d'un Règlement 2176/84 en 1984, avant d'être remplacé par le Règlement 2423/88 du 11 juillet 1988. Au terme des négociations du Cycle de l'Uruguay, menées de 1986 à 1993, le Règlement 3283/94, du 22 décembre 1994, abroge celui de 1988 et institue un nouveau système commun de défense²⁷⁶. Il sera lui-même remplacé, après de nouvelles négociations, par le Règlement du 22 décembre 1995, entré en vigueur le 6 mars 1996²⁷⁷.

92. La réglementation communautaire en matière d'antidumping impose la mise en place d'un régime procédural original. C'est un régime composite où se retrouvent à la fois une norme générale destinée à imposer une structure de prix sur un marché et une procédure individuelle qui fait intervenir des données concernant des entreprises individualisées. A cet effet, l'avocat général Warner a parlé de système « hybride »²⁷⁸. D'une part, la défense est une mesure générale. Pour être mise en œuvre, elle doit démontrer que les exportations du produit visé en provenance du pays concerné ont causé un préjudice à une « production », non à des entreprises en particulier, de manière telle que l'intérêt général de la Communauté se trouve menacé. Ainsi s'explique la nature réglementaire des normes adoptées en ce secteur: le *Conseil* est seul compétent pour décider, par voie réglementaire, l'imposition d'un droit définitif²⁷⁹. Mais, d'autre part, la défense repose entièrement sur des données individuelles. La *Commission* est compétente pour mener

²⁷² H. LESGUILLONS, *LE REGIME COMMUNAUTAIRE DE PROTECTION CONTRE LE DUMPING ET LES SUBVENTIONS*, Feduci, Paris, 1983, 7.

²⁷³ J.-F. BELLIS, *La réglementation anti-dumping de la Communauté économique européenne*, CDE, 1979, 499.

²⁷⁴ Cf. A. MASTROPASQUA, *LE MARCHE COMMUN ET LA DEFENSE CONTRE LE DUMPING. De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Guido Pastena Editore, Roma, 1965.

²⁷⁵ « Les relations économiques internationales sont dominées par le principe que mieux vaut un mauvais compromis qu'une mesure unilatérale de défense, même fondée, dans la mesure où l'on risque de s'engager dans une surenchère, dans une escalade de rétorsions » (J. BOUDANT, *op. cit.*, 1991, 188).

²⁷⁶ V. LANDES & G. LORIOT, *La nouvelle réglementation antidumping communautaire. De omni re scibili...*, Europe, 1995, Chron. n° 5.

²⁷⁷ Règlement (CE) n° 384/96 du Conseil du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, JOCE 1996, L 56/1.

²⁷⁸ Conclusions de l'avocat général Warner, présentées le 14 février 1979 dans l'affaire *NTN Tokyo Bearing Company/Conseil*, aff. 113/77, [1979], Rec. 1262.

²⁷⁹ Article 9 § 4 du Règlement 384/96. La Commission est compétente pour prendre des mesures provisoires mais le Conseil peut prendre une décision différente (art. 7 § 6). Les droits, définitifs ou provisoires, sont imposés par voie de règlement (art. 14 § 1).

l'instruction²⁸⁰. Si la relative stabilité du droit de la concurrence facilite l'exercice des pouvoirs de la Commission et la preuve éventuelle de l'infraction, l'instabilité et l'extranéité du contrôle antidumping rendent cette preuve plutôt malaisée. Aussi est-il essentiel que, durant cette phase, les autorités communautaires disposent de règles de procédure « quasi-juridictionnelles » : l'information doit pouvoir circuler, afin de permettre l'adoption d'une décision éclairée.

B. Les garanties de circulation de l'information

93. Dans le cadre du GATT, les standards procéduraux sont l'objet d'enjeux et de controverses aussi vifs que les règles matérielles. Lors du Cycle de l'Uruguay, trois blocs se sont distingués. Les Etats les plus libéraux regrettaient un manque de transparence dans la procédure, en particulier en ce qui concerne la détermination du dommage. Les Etats-Unis demandaient des standards élevés de transparence et d'équité, conformément au droit en vigueur au niveau fédéral. La Communauté, représentée par la Commission agissant sous le contrôle des Etats membres, se montrait plus restrictive en matière procédurale, consciente des obstacles que pouvait représenter la procédure pour la mise en œuvre de sa politique commerciale²⁸¹. Le résultat en fut un compromis, qui transparait également dans la réglementation communautaire adoptée.

94. Toute la procédure repose, en fait, sur la recherche de l'information : « considérant qu'il est nécessaire de déterminer de quelle manière les parties concernées seront avisées des renseignements que les autorités exigent et de leur ménager d'amples possibilités de présenter tous les éléments de preuve pertinents et de défendre leurs intérêts; qu'il est aussi souhaitable de définir clairement les règles et les procédures à suivre au cours de l'enquête et de prévoir, en particulier, que les parties concernées doivent se faire connaître, présenter leur point de vue et fournir les renseignements dans des délais déterminés afin qu'il puisse en être tenu compte; qu'il convient aussi d'indiquer les conditions dans lesquelles une partie concernée peut avoir accès aux informations fournies par d'autres parties concernées et les commenter; qu'il conviendrait aussi d'instaurer une coopération entre les Etats membres et la Commission en ce qui concerne la collecte des informations »²⁸². Mais elle est susceptible également d'aboutir à des mesures répressives et appelle, de ce fait, des garanties protectrices²⁸³. Les garanties procédurales sont destinées à remplir deux fonctions à la fois : éclairer la décision et protéger les destinataires des sanctions.

²⁸⁰ Cf. art. 21 § 2 du Règlement 384/96. Au total, il faut considérer que, en ce domaine, « l'autorité exécutive de la Communauté est une, même si la première institution prépare le règlement de la seconde » (J.-L. DELVOLLE, *Le respect des droits de la défense dans les procédures anti-dumping, anti-subsidations*, DPCI, 1991, 240)

²⁸¹ Sur ces négociations, P. DIDIER, *Le Code anti-dumping du Cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté*, CDE, 1994, 251-326.

²⁸² Règlement 384/96, cons. 13.

²⁸³ J. BOUDANT estime que « cette répression d'ordre purement administratif appelle la mise en place d'un vecteur procédural déterminant non seulement l'aménagement des compétences des autorités nationales et communautaires désignées pour intervenir dans la mise en œuvre des mesures de défense, mais encore la fixation des règles que celles-ci doivent suivre dans l'identification du dumping et l'établissement des preuves, et enfin dans la condamnation éventuelle de l'opérateur économique du pays tiers » (*op. cit.*, 159).

95. Les dispositions procédurales inscrites dans le Règlement intéressent l'engagement de la procédure, le déroulement de l'enquête et le traitement des preuves. Dans la mesure où les dispositions communautaires doivent respecter les dispositions du Code antidumping issu du Cycle de l'Uruguay, on doit les lire conjointement. Mais il est toujours nécessaire de compléter cette lecture par les nécessités propres du droit communautaire²⁸⁴. Les dumpings ont vocation à affecter la concurrence interne et l'industrie communautaire. Ce qui commande pour eux la rapidité d'une résolution juridique. *Les besoins de l'enquête économique expliquent les solutions du droit*. Le Code prévoit une durée maximale de l'enquête: dix-huit mois²⁸⁵; mais la Communauté a encore réduit ce délai: il est si possible d'un an, au pire de quinze mois²⁸⁶. Une enquête visant à déterminer l'existence d'une pratique de dumping sera normalement ouverte sur plainte par écrit de toute personne agissant au nom de l'industrie communautaire²⁸⁷. Celle-ci doit comporter des éléments suffisants²⁸⁸. La même difficulté de preuve explique que l'accès soit étendu par rapport aux dispositions du Code. L'article 6 du Règlement prévoit la collaboration des Etats membres. La notion de parties intéressées, pouvant participer à la procédure, est définie *a minimis* par le Code²⁸⁹. Outre les exportateurs et importateurs étrangers, le gouvernement du pays exportateur et les producteurs du produit similaire dans le pays importateur ou leurs associations, le Règlement communautaire prévoit la participation des plaignants, des utilisateurs et associations de consommateurs ainsi que des représentants du pays exportateur²⁹⁰. Enfin, l'audition orale est encouragée en matière d'antidumping communautaire: des rencontres entre les parties sont ainsi aménagées²⁹¹.

96. Est-ce à dire que le contradictoire est plus présent, en thèse générale, en matière d'antidumping qu'en matière de concurrence? L'article 6 § 2 du Code dispose que « pendant toute la durée de l'enquête antidumping, toutes les parties intéressées auront toutes possibilités de défendre leurs intérêts ». Ainsi, « on serait tenté de dire que la réglementation communautaire dans son état actuel [en 1989, mais plus encore aujourd'hui dès lors] applique minutieusement le principe du contradictoire »²⁹². A la lecture de l'article 6, il apparaît, cependant, que la défense ne s'exerce véritablement qu'au stade de la détermination finale. Au cours de l'enquête, les parties sont laissées pratiquement sans information. « Ceci — écrit P. Didier — est peut être dû au fait

²⁸⁴ Notons toutefois, de manière générale, que la volonté d'alignement n'a pas empêché l'existence de divergences d'interprétation entre la Communauté et le GATT d'une part, au sein de la Communauté d'autre part (M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, Fasc. 2310, n° 12 à 18).

²⁸⁵ Article 5 § 10 du Code.

²⁸⁶ Article 6 § 9 du Règlement 384/96.

²⁸⁷ A la différence du droit de la concurrence, il n'existe aucune obligation pour la Commission d'offrir aux plaignants la possibilité d'être entendus en cas de refus de prendre en compte leur demande. Exceptionnellement, les autorités peuvent décider d'ouvrir une enquête sans être saisies d'une plainte. Après examen des éléments de la plainte, et si ils s'avèrent concluants, la Commission publie un avis d'ouverture de l'enquête et en avise les plaignants, les exportateurs, les importateurs, les autorités du pays exportateur ainsi que les associations représentatives concernées.

²⁸⁸ La Commission désire, pour des raisons de preuve, que les éléments apportés soient plus substantiels et précis, faisant porter une charge plus lourde sur les plaignants (Cf. P. DIDIER, *op. cit.*, 289). Mais le Code ne fit pas droit à ses revendications.

²⁸⁹ Article 6 § 11.

²⁹⁰ Article 6 § 7. Cette modification fut introduite en février 1994 dans le Règlement antidumping.

²⁹¹ Article 6 § 6.

²⁹² M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, Fasc. 2310, n° 63.

que contrairement aux Etats-Unis où la procédure a un caractère largement contradictoire (chaque partie échangeant des arguments et contestant les données de la partie adverse sous la supervision des autorités), dans la Communauté les échanges entre parties, même par le canal de la Commission, sont nuls: chaque partie s'en remet à la Commission dont elle attend qu'elle tranche après auditions et examens séparés »²⁹³.

SECTION III. LA PROCEDURE COMME MODE DE REGULATION

97. « Le droit, si on veut bien encore de lui — il y a aussi un système consistant à dire que c'est un problème de politique économique et que les règles juridiques sont inutiles, dans ce cas, nous n'avons plus rien à faire — mais le droit si on veut bien encore de lui ne peut procéder que de deux manières: en créant des catégories ou en instituant des procédures »²⁹⁴. Or, ici, « les catégories juridiques, si précieuses au point de vue technique, pour encadrer les phénomènes sociaux qui demandent un règlement précis, ne doivent intervenir qu'à titre d'expédients, et une fois fixé l'objectif fondamental à atteindre »²⁹⁵.

98. L'Administration communautaire est un mécanisme monté pour une fin unique: la construction du Marché commun. Ce mécanisme est à la fois divers et uniforme: divers, en ce que les catégories et les régimes juridiques pour parvenir à cette fin sont multiples; uniforme, pourtant, en ce que ces régimes ont un moteur commun, qui est la procédure.

99. Quels sont les procédés utilisés par la Commission dans l'ordre économique? La première voie possible est la « méthode réglementaire »: elle « consiste à définir par voie normative, c'est-à-dire par une réglementation d'exécution s'exprimant par des normes à applicabilité généralisée, le contenu concret, les éléments constitutifs des notions utilisées dans les articles du traité, les conditions à partir desquelles joueront, de façon préétablie, les interdictions, exemptions, incompatibilités »²⁹⁶. Le procédé réglementaire pâtit de l'indétermination et du partage du pouvoir exécutif communautaire²⁹⁷. Traditionnellement, en dehors des règlements de procédure, la Communauté a peu utilisé ce procédé en droit économique, si l'on excepte les règlements très particuliers du Conseil en matière d'antidumping. Il faut pourtant noter une évolution: la

²⁹³ P. DIDIER, *op. cit.*, 298-299. Cette analyse est corroborée par les dispositions concernant les visites de vérifications et le défaut de coopération. Ces dispositions résultent respectivement des annexes 1 et 2 du Code: toutes deux ont clairement pour objet à titre principal la recherche d'informations.

²⁹⁴ Cette intervention de B. GOLDMAN, datant de 1967, portait sur le Mémoire de la Commission sur les concentrations (publiée dans la Revue du Marché Commun, 1968, 281); v. également G. FARJAT, *DROIT ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1982, 741.

²⁹⁵ F. GENY, *DES DROITS SUR LES LETTRES MISSIVES. Etudes principalement en vue du système postal français (Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation)*, Sirey, Paris, 1911, XII-XIII.

²⁹⁶ M. MELCHIOR, *Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités*, in *MELANGES F. DEHOUSSE. La construction européenne*, Vol. 2, F. Nathan, Ed. Labor, Paris, Bruxelles, 1979, 247.

²⁹⁷ Cf. K. LENAERTS, *Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community*, ELR, 1993, 23-49.

modernisation du droit de la concurrence est favorable à l'adoption d'actes de nature générale²⁹⁸. La seconde voie procédurale peut être appelée « *jurisprudentielle* », car elle « repose sur l'adoption par la Commission de décisions individuelles et consiste à induire de celles-ci les principes qui guident l'interprétation que cette institution se fait des dispositions en cause »²⁹⁹. C'est la méthode qu'utilise normalement l'administration économique dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle.

Tous les contrôles individuels n'ont pas la même organisation (I). Mais un élément répressif leur est commun (II).

§ I. LES CONTROLES ECONOMIQUES

100. Ils peuvent être classés en deux catégories, selon qu'ils autorisent (A) ou qu'ils sanctionnent (B).

A. Les procédures d'autorisation

101. Le contrôle communautaire des opérations de concentration repose sur le principe d'une notification préalable obligatoire du projet de concentration par les entreprises concernées³⁰⁰. Dès la réception de la notification, la Commission procède à l'examen complet du dossier. Elle procède, en outre, à la publication du projet d'opération au JOCE. Ce délai permet d'informer les tiers qui disposent de la possibilité de présenter des observations. A l'issue de cette phase préliminaire, la Commission dispose de deux possibilités: soit elle adopte une décision finale de compatibilité de l'opération avec le marché commun, soit elle décide d'engager la procédure de deuxième phase. L'ouverture de la deuxième phase est requise en cas de « doutes sérieux ». Mais le contenu de cette notion n'est pas dans les textes en vigueur; c'est la jurisprudence qui l'a définie. A la suite de l'engagement de cette deuxième phase, elle procède à la communication des objections. La procédure contradictoire est alors engagée et le comité consultatif est saisi. La procédure s'achève soit par une décision de compatibilité de la concentration avec le marché commun, éventuellement assortie de conditions et de charges, soit par une décision d'incompatibilité.

102. Le Règlement 659/1999 décrit quatre procédures différentes selon le type d'aide concernée³⁰¹. La procédure principale concerne les aides notifiées. Conformément à l'article 88 §

²⁹⁸ En ce sens, I. MAHER, *Re-imagining the Story of European Competition Law*, OJLS, 2000, 155-166; en matière d'aides d'Etat, G. DELLA CANANEA, *Administration by Guidelines: The Policy Guidelines of the Commission in the Field of State Aids*, in *AIDES D'ETAT: DROIT ET POLITIQUE COMMUNAUTAIRES*, I. Harden (hrsg.), Bundesanzeiger, Köln, 1993, 74-75.

²⁹⁹ M. MELCHIOR, *op. cit.*, 246.

³⁰⁰ Pour les détails de cette procédure complexe, C.S. KERSE & C.J. COOK, *EC MERGER CONTROL*, Sweet & Maxwell, London, 3rd ed., 2000. Pour une présentation synthétique, M. VAN DER WOUDE & A. DUMAS-EYMARD, *European Union*, in *MERGER CONTROL IN THE EU*, P. Verloop (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 3rd ed., 1999, 1-31.

³⁰¹ Il faut ainsi distinguer: l'aide nouvelle; l'aide illégale: aide nouvelle qui n'a pas été notifiée; l'aide appliquée de façon abusive: aide utilisée par le bénéficiaire en violation de la décision de la Commission; l'aide existante:

3, toute aide nouvelle qu'un Etat membre aurait l'intention d'instituer doit être notifiée préalablement à la Commission. Le projet est alors soumis à un premier examen dont l'objet se limite à permettre à la Commission de « se former une première opinion sur la compatibilité partielle ou totale de l'aide », selon la formule jurisprudentielle³⁰². Au terme de cet « examen préliminaire » la Commission a trois possibilités: 1° elle peut constater que la mesure notifiée ne constitue pas une aide; 2° elle peut constater que l'aide ne suscite pas de doute quant à sa compatibilité avec le marché commun; 3° si, au terme de cet examen, il apparaît à la Commission que le projet suscite des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle a l'obligation d'ouvrir sans délai la procédure prévue à l'article 88 § 2 dite « procédure formelle d'examen ». Tout au long de cette procédure, soit durant l'examen préalable, soit durant l'examen contradictoire, l'Etat membre concerné ne peut mettre à exécution le projet d'aide. La procédure formelle est destinée à compléter l'information de la Commission sur les données de l'affaire. A la différence de la première phase, cette procédure présente un caractère contradictoire. Le Comité consultatif en matière d'aides d'Etat est saisi. La procédure s'achève soit par une décision de compatibilité de l'aide avec le marché commun, éventuellement assortie de conditions et d'obligations, soit par une décision négative d'incompatibilité.

103. On voit que ces deux procédures présentent une structure semblable. Elles possèdent toutes deux un caractère préventif: le but est de rechercher, avec les opérateurs économiques concernés³⁰³, le moyen de rendre le projet de concentration ou d'aide compatible avec la concurrence. Mais, afin d'accomplir sa mission, la Commission dispose aussi de pouvoirs de renseignements, de vérification, de suspension de l'opération, ou de récupération de l'aide versée, pouvoirs assortis d'amendes ou d'astreintes en cas de négligence ou d'inexécution.

B. Les procédures d'infraction

104. Le contrôle administratif des pratiques anticoncurrentielles emprunte une double voie: soit la Commission procède sur la base d'informations communiquées par les Etats ou les particuliers (notification, demande ou plainte), soit elle décide de se saisir d'office. La Commission procède alors à l'examen préliminaire du comportement incriminé. A l'issue de cet examen, elle peut soit classer l'affaire, soit déclencher la procédure administrative proprement dite. En ce dernier cas, elle procède à la communication des griefs. L'instruction de l'affaire est contradictoire et consultative. Le Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes est obligatoirement consulté avant toute décision constatant une infraction aux articles 81 et 82, avant toute décision octroyant une attestation négative ou une exemption, avant toute décision prononçant une amende ou une astreinte³⁰⁴. A ce titre, quatre grands types de

aide octroyée avec l'accord de la Commission qui fait l'objet d'un contrôle permanent (art. 1 du Règlement 659/1999). Voir, en détail, A. SINNAEVE & P.J. SLOT, *The New Regulation on State Aid Procedures*, CMLR, 1999, 1153-1194.

³⁰² CJCE. 2 avril 1998, *Commission/Sytraval*, C-367/95 P, pt 38, I-1763.

³⁰³ Qu'il s'agisse des entreprises (pour les concentrations) ou des Etats membres (pour les aides et les monopoles publics).

³⁰⁴ Voir Règlement 17/62, art. 10 § 2, 10 § 3, 15 § 3, 16 § 3; le Comité est également consulté avant de décider une enquête par secteur (art. 12 § 4).

décisions peuvent être prises: des décisions d'exemption, des décisions de procédure, des mesures provisoires, des injonctions et des sanctions. A ces divers types de décisions formelles s'attachent des modalités différentes³⁰⁵. Dans tous ces cas, la Commission est tenue de respecter les règles de procédure posées par le Règlement 17/62 et le Règlement 2842/98³⁰⁶.

105. Le contrôle antidumping s'inscrit dans le cadre de la politique commerciale commune régie par l'article 133 CE. Les conditions d'ouverture de la procédure administrative sont doubles: elle résulte soit de l'introduction d'une plainte, soit de la saisine d'office de la Commission³⁰⁷. A la suite de l'examen préliminaire, la Commission peut décider d'ouvrir la procédure en publiant un double avis, un avis général et un avis personnel adressé aux importateurs et aux exportateurs. Dès lors débute l'enquête, qui comporte tous les actes d'investigation, demandes de renseignements et vérifications, accomplis en collaboration avec les Etats membres concernés. Des droits provisoires peuvent être imposés par la Commission, sous certaines conditions. La procédure est contradictoire, un comité consultatif est saisi. La décision finale peut être soit la clôture de l'enquête, soit l'imposition de droits antidumping définitifs par le Conseil. Des réexamens de ces mesures peuvent être effectués.

106. Ces deux procédures se ressemblent, mais une différence subsiste. Les procédures antidumping sont plus proches d'un « procès » que les procédures de concurrence³⁰⁸: la Commission tend à y adopter le rôle d'arbitre dans un litige entre deux parties³⁰⁹.

§ II. LA REPRESSION ADMINISTRATIVE

107. On voit ce qui réunit toutes ces procédures: la division de la procédure en deux étapes³¹⁰, mais, surtout, leur caractère répressif. Ce caractère est évident en matière de pratiques

³⁰⁵ Voir, en détail, L. ORTIZ BLANCO, *EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION PROCEDURE*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

³⁰⁶ Il convient de noter la spécificité de l'application des règles de concurrence dans le secteur des transports (Règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968; Règlement (CEE) no 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes; Règlement (CEE) No 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens). En effet, sont assorties, aux réglementations spécifiques prévues en vue de déterminer les modalités d'application des règles de concurrence dans le secteur des transports non aériens et le secteur des transports aériens, des modalités procédurales particulières (v. TPICE, 6 juin 1995, *Union internationale des chemins de fer/Commission*, T-14/93, pt 58, II-1529; II-1503).

³⁰⁷ Pour les détails de cette procédure complexe, E. VERMULST & P. WAER, *E.C. ANTI-DUMPING LAW AND PRACTICE*, Sweet & Maxwell, London, 1996.

³⁰⁸ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *AKZO* (Aff. 53/85), [1986] Rec. 1979.

³⁰⁹ Voir les conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Al-Jubail Fertilizer* (C-49/88), [1991] I-3230 et ss.

³¹⁰ Il convient ici d'éviter une confusion terminologique: en droit de la concurrence, il y a une distinction entre l'enquête, premier stade du processus administratif, consistant en un examen préliminaire, et la procédure, qui s'ouvre par la communication des griefs et aboutit à une décision; en droit antidumping, il y a une distinction entre la procédure, ouverte sur la base d'une plainte et close par l'absence de prise de mesure, ou bien l'expiration ou l'abrogation de mesures prises à l'issue d'une première enquête, et l'enquête, conclue par une clôture ou la prise de mesures définitives.

anticoncurrentielles, au point que la distinction avec le droit pénal a pu paraître assez fictive³¹¹. Les sanctions sont fréquentes en cette matière. Elles sont pécuniaires. Prévue par les articles 15 et 16 du Règlement 17/62, elles se rangent en deux catégories: amendes pour infraction à des dispositions de procédure, amendes pour infraction à des règles de fond³¹². L'absence de pareilles mesures dans les autres branches du droit économique inclinerait à penser que ces droits ne sont pas d'essence répressive. Cependant, ils prévoient aussi des sanctions. Celles-ci n'infligent pas une perte au destinataire, mais elles exigent l'élimination de la mesure illégale au regard des règles de concurrence. On les qualifie ainsi de sanctions « compensatrices » pour les distinguer des sanctions purement « punitives »³¹³. Exemplaires à cet égard sont les mesures d'imposition de droits antidumping. Elles visent simplement à faire cesser un comportement délictueux et à rétablir une situation de légalité³¹⁴. Le même caractère s'applique aux mesures accompagnant la décision d'incompatibilité d'une opération de concentration ou d'une aide.

108. Il est vrai que les procédures de contrôle des aides, des concentrations et des pratiques de dumping préfèrent la négociation à la sanction. La procédure prend la forme d'une négociation au cas par cas. Mais c'est le cas aussi en matière de pratiques anticoncurrentielles. Le préambule du Règlement 99/63 opposait déjà les « contacts informels » que la Commission et les entreprises et associations d'entreprises auront « déjà au cours de l'instruction » et les droits que, « toutefois », il est nécessaire d'assurer aux entreprises « à l'issue des instructions au sujet de l'ensemble des griefs que la Commission propose de retenir contre elles dans ses décisions ». Au reste, dans tous ces domaines, la coopération avec l'autorité administrative a le caractère d'une obligation, qui peut elle-même faire l'objet de sanction³¹⁵. Dans la gestion administrative de l'économie, répression et négociation sont indissociables. Pour assurer la police du marché commun, l'administration utilise les menaces de sanction comme des moyens d'incitation³¹⁶. Mieux que la

³¹¹ Voir, en ce sens, les conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission* (T-1/89), [1991], II-885; *adde*: R. LEGROS, *L'avenir du droit pénal international*, in *MELANGES OFFERTS A HENRI ROLIN. Problèmes de droit des gens*, Pedone, Paris, 1964, 171-195. Pour une discussion plus générale, J. BIANCARELLI, *L'ordre communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions?*, in *QUELLE POLITIQUE PENALE POUR L'EUROPE*, M. Delmas-Marty (dir.), Economica, Paris, 1993, 257-275.

³¹² Pour les détails, voir M. WAELBROECK & A. FRIGNANI, *Règles de compétence et de procédure*, in *COMMENTAIRE MEGRET*, vol. 4, *Concurrence*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, not. 416 et ss.

³¹³ La distinction est rappelée et élaboree par K. LENAERTS. Encore faut-il souligner que « la distinction entre les deux types de sanctions n'est pas claire dans tous les cas » (*Report on the Proceedings of the Working Group 3*, in *17. F.I.D.E. KONGRESS*, J. Schwarze (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1997).

³¹⁴ Ces droits ont le caractère de « sanctions », au terme d'une procédure « quasi-répressive »: « il convient de rappeler que la procédure antidumping et antisubventions et les mesures de défense éventuelles adoptées à son issue sont dirigées contre les importations de certains produits sur lesquelles pèsent des *accusations* de pratique de dumping ou de subventions de la part de producteurs et exportateurs étrangers ou de pays tiers ainsi que, le cas échéant, d'importateurs » (CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC/Commission*, C-170/89, pt 30, I-5741; nous soulignons).

³¹⁵ Art. 15 § 1 du Règlement 17 sur les pratiques anticoncurrentielles; Art. 14 § 1 du Règlement 4064/89 sur les concentrations; Art. 18 du Règlement 384/96 sur les mesures antidumping; Art. 5 et 10 du Règlement 959/1999 sur les aides publiques. Dans tous les cas, cette obligation repose d'abord sur l'objectif de recherche de la vérité qui caractérise la matière économique, et non seulement, comme on l'a dit à propos des aides, sur l'obligation de coopération loyale à laquelle les Etats membres sont tenus en vertu de l'article 10 CE (Cf. L. GYSELEN, *La transparence en matière d'aides d'Etat: les droits des tiers*, CDE, 1993, 418).

³¹⁶ Voy. les réflexions générales de C. HARDING, *COMMUNITY INVESTIGATIONS AND SANCTIONS. The Supranational Control of Business Delinquency*, Leicester University Press, Leicester, 1993. Comp. J.-F. DAVIGNON, *Quelle*

répression judiciaire, la *répression administrative caractérise le droit économique communautaire*³¹⁷. Un impératif d'efficacité la justifie: « Faire intervenir, pour l'exécution d'une décision (...), une autorité étrangère à l'institution trouble la continuité et brise la cohésion en provoquant une faille dans le monopole de la surveillance que l'administration peut vouloir revendiquer sur l'application de la décision... »³¹⁸. Compenser ou punir consistent donc toujours à contrôler: l'expression d'« *autorisation sous forme de contrôle* » saisit bien le sens de ces procédures³¹⁹.

109. Qu'elles soient punitives ou compensatrices, ces sanctions demeurent administratives, et sont à ce titre soumises à un régime spécifique³²⁰. Un impératif d'équité justifie que des garanties de procédure soient accordées aux particuliers³²¹. Il faut remarquer, à cet égard, « l'apparement qui s'impose entre le droit produit par ces autorités et le droit disciplinaire »³²². Vérifié sur le plan matériel — il s'agit dans les deux cas de « fixer des règles du jeu, de définir des comportements obligatoires » — et sur le plan formel — dans les deux cas, l'autorité administrative dispose d'un pouvoir de répression —, ce rapprochement semble tout spécialement légitime dans le domaine procédural. Ce n'est pas un hasard si, historiquement, c'est d'abord dans la matière du droit disciplinaire que les efforts systématiques pour introduire des garanties de procédure dans le domaine de l'administration active ont été faits³²³. Cette assimilation de la matière disciplinaire à la matière répressive est établie très tôt par Hauriou: il existerait un lien entre le droit pénal et le droit disciplinaire, en ce qu'« il en est des fonctionnaires, ces citoyens spéciaux, comme des citoyens ordinaires, leur état n'est complet que si une sorte de jury composé de leurs pairs est chargé de juger les manquements à la discipline et de prononcer contre eux les peines disciplinaires »³²⁴. Certes, ces organismes ne peuvent pas être identifiés à de véritables juridictions. Mais c'est justement pourquoi une procédure suffisamment protectrice devra être mise en place, c'est-à-dire une procédure « juridictionnalisée ».

place pour la répression administrative dans notre ordonnancement juridique?, Petites affiches, 11 juillet 1997, 5-14.

³¹⁷ Voy. J. RIDEAU, *L'administration répressive communautaire*, AEAP, Vol. XVIII, 1995, 219-258.

³¹⁸ J. MOURGEON, *LA REPRESSION ADMINISTRATIVE*, LGDJ, Paris, 1967, 220.

³¹⁹ G. DELLA CANANEA parle ainsi d'« *autorizzazioni in funzione di controllo* » (*I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DELLA COMMUNITA EUROPEA*, Thèse EUI, Florence, 1994, 151). « Procédure administrative de contrôle »: ainsi le Conseil constitutionnel français qualifie-t-il les pouvoirs répressifs conférés à l'administration (Décision n° 90-286 du 28 décembre 1990, « *Loi de finances rectificative pour 1990* », Rec. 1990, 107). En général, en droit français, Conseil d'Etat (Section du Rapport et des Etudes), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, Paris, 1995.

³²⁰ Cf. K. LENAERTS, *Procedures and Sanctions in Economic Administrative Law*, in 17. F.I.D.E. KONGRESS, J. Schwarze (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1997; v. également F. MODERNE, *Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens*, RFDA, 1997, 1-26.

³²¹ D'un point de vue contentieux, J. RIDEAU & F. PICOD, *Recours contre les sanctions*, in *CODE DE PROCEDURES EUROPEENNES*, Litec, Paris, 1995. Comp., dans cette perspective, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français élaborant une véritable « théorie générale de la sanction répressive » (J. KLUGER, *L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1995, 505-529).

³²² J.-L. AUTIN, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation*, RDP, 1988, 1225.

³²³ C'est ce que montre l'étude comparative faite par J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, Luxembourg, 1992, 1245 et ss.

³²⁴ M. HAURIOU, *PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF*, Sirey, Paris, 12ème éd., 1933, 761.

110. En droit communautaire, le droit de la fonction publique a été le premier secteur administratif dans lequel un certain nombre de garanties procédurales ont été prévues, sous le contrôle du juge³²⁵. Cependant, au-delà de l'analogie, il faut bien dire que les relations des institutions avec leurs agents n'ont rien à voir avec les rapports de l'administration avec les opérateurs économiques. Comme le note G. Dellis, « le besoin de la répression disciplinaire apparaît comme un aspect de la continuité du service public »³²⁶; au contraire, dans l'ordre économique, la répression n'est nullement un besoin: elle n'est qu'un moyen, soumise au principe d'opportunité des poursuites et des sanctions.

§ III. L'EMERGENCE DU DROIT ADMINISTRATIF PROCEDURAL

111. Un changement de perspective s'impose. On ne peut plus simplement classer l'action administrative en termes d'activités, de fonctions, et de leurs titulaires. Une place centrale doit être faite aux procédures. Les activités et les fonctions ne sont que les moyens au service des fins de la régulation, et les procédures les moyens concrets d'y parvenir³²⁷. La procédure non contentieuse est étudiée dans les traités et les manuels de droit administratif, mais la définition à laquelle ils aboutissent est généralement ambiguë. Ils s'en tiennent à la « procédure des opérations administratives » dont parlait Hauriou³²⁸. Ce concept recouvre, en son sens le plus précis, « l'ensemble des règles de forme et de procédure qui régissent l'édition des actes administratifs et plus particulièrement des décisions administratives, procédé spécifique et prédominant de l'action administrative »³²⁹. Ainsi formulé cependant, le concept est indéterminé, susceptible de recouvrir des modèles très différents, voire contradictoires. De ce souci de privilégier la procédure deux conceptions majeures peuvent en effet être tirées³³⁰.

112. Une première conception envisage la procédure comme une *méthode de composition des intérêts*. Composition difficile, car l'originalité du droit économique communautaire repose sur le passage de situations conflictuelles bipolaires, qui opposent l'individu à l'Administration, à des situations « multiples et complexes », suivant la formule de la Cour. C'est dans le contexte d'une

³²⁵ Règlement n° 31 (CEE) et 11 (CEE) des Conseils du 18 décembre 1961 fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JOCE 1962, n° 45/1385 (art. 26: dossier individuel des fonctionnaires; art. 87: régime disciplinaire, droit d'être entendu); tel que modifié par le Règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 du Conseil du 29 février 1968, JOCE 1968, L 268/1.

³²⁶ G. DELLIS, *DROIT PENAL ET DROIT ADMINISTRATIF. L'influence des principes du droit répressif sur le droit administratif*, Thèse Droit, Paris II, 1994, 274.

³²⁷ La procédure « n'est en définitive qu'un moyen d'atteindre certaines fins d'ordre politique et social » (H. VIVIOZ, *ETUDES DE PROCEDURE*, Editions Bière, Bordeaux, 1956, 15).

³²⁸ M. HAURIOU, *PRINCIPES DE DROIT PUBLIC*, Sirey, Paris, 1910, 143.

³²⁹ B. DELAUNAY, *L'AMELIORATION DES RAPPORTS ENTRE L'ADMINISTRATION ET LES ADMINISTRÉS. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Paris, 1993, 243; dans le même sens, en droit de la Common Law, D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 8.

³³⁰ En ce sens, en général, G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, Diritto e Società, 1980, n° 3, 437-458.

« régulation complexe », où domine le « risque », que l'action administrative communautaire doit maintenant être appréhendée³³¹. La complexité du champ économique offrant une base plus large pour la survenance de litiges, elle appelle en contrepartie la résolution de plus en plus importante de cas au cours de la phase précontentieuse³³². Cette résolution passe par des prises de décision « polycentriques ». Le polycentrisme signifie simplement que les problèmes auxquels se heurte l'administration communautaire, comme toute administration économique, implique à chaque fois la prise en compte d'un grand nombre de paramètres, à la fois techniques et sociaux: « *les décisions polycentriques sont celles qui ont des conséquences et des ramifications pour les personnes autres que les parties en litige, de telle sorte que la base des décisions ultérieures en est changée* »³³³. D'une part, non seulement les intérêts privés en présence sont nombreux, mais l'intérêt public lui-même se fragmente en une multitude d'objectifs non hiérarchisés. D'autre part, ces décisions entraînent une chaîne d'actions et de réactions de la part des opérateurs économiques, qui « se sont érigées en un système d'une grande complexité dont le développement et la saturation sont précisément la source d'instrumentalisations juridiques particulières, au service de politiques de plus en plus affinées »³³⁴. Pour répondre à ces données, la procédure administrative doit présenter une double caractéristique: elle doit être *flexible* et *adaptée* aux particularités du contexte et de l'espèce. Elle doit bannir les règles rigides, soit qu'elles organisent ou qu'elles protègent.

113. Mais si l'on s'en tient là, on aura négligé l'autre aspect, peut-être l'essentiel: *la procédure conçue comme instrument de protection de l'administré*. D'après cette conception, classique, le but de la procédure administrative « consiste à offrir toutes les garanties possibles pour l'équité » et la « sécurité » des décisions³³⁵. Ainsi, elle préconise de poser un ensemble de garanties à chaque étape du déroulement de la procédure administrative, qui visent à la transformer en une procédure impartiale. Tel est le point de vue qu'exprime la Cour dans un arrêt de 1981: « cette procédure a été aménagée en vue de permettre aux entreprises concernées de faire connaître leur point de vue et d'éclairer la Commission le plus complètement possible avant qu'elle ne prenne

³³¹ Le concept de risque est particulièrement pertinent en droit administratif économique, car « il est peu de domaines où l'intervention de l'Etat introduise un risque, une potentialité d'arbitraire plus grand que dans le secteur économique. C'est sans aucun doute le seul en effet où la puissance publique soit assujettie à des règles permanentes et précises aussi peu nombreuses, et où par contre les dommages susceptibles d'être provoqués par une action illégale soient aussi étendus et profonds » (J. MEGRET, *Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat dans les Etats membres des Communautés Européennes*, in *MISCELLANEA W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, t. III, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 588). Cette notion est également centrale, nous le verrons, en matière de régulation sociale.

³³² En ce sens déjà, le Rapport Spaak prévoit que pour l'application concrète des règles de concurrence, « il conviendra d'établir une procédure qui évite autant que possible une multiplication des procès devant la Cour. A cette fin, la Commission européenne constituerait un comité consultatif des ententes et discriminations qui l'aiderait dans une tâche de conciliation et d'arbitrage » (Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine, *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères*, Bruxelles, 1956, 56). Ainsi se justifie plus largement, selon P. MARTENS, l'émergence des autorités administratives quasi-juridictionnelles (*Les magistratures économiques. Rapport introductif*, RIDE 1997/2, 109-124).

³³³ « *Polycentric decisions are those which by their very nature produce ramifications for persons other than the parties before the decision-maker, such that the ground for subsequent decisions is changed* » (D. JABBARI, *Critical Theory in Administrative Law*, OJLS, 1994, 193).

³³⁴ P. ORIANNE, *op. cit.*, 303.

³³⁵ Cf. GERANDO, *INSTITUTES DU DROIT ADMINISTRATIF OU ELEMENTS DU CODE ADMINISTRATIF*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, t. I, 1829 (Livre Troisième, CCLXXXVIII, 360).

une décision affectant les intérêts des entreprises. Elle vise à créer, en faveur de celles-ci, des garanties procédurales, et (...) à consacrer le droit des entreprises d'être entendues par la Commission »³³⁶. Est-il encore vrai que « *le droit européen est en grande partie un droit administratif spécial qui manque des orientations issues des principes du droit administratif général* »³³⁷? Oui, sans doute, si l'on considère le nombre des régimes administratifs différents qui coexistent. Non, si l'on considère le développement des règles de procédure, qui n'ont pu se former sans un minimum de principes. Faute d'ordonnancement procédural écrit³³⁸, c'est la jurisprudence qui a consacré un ensemble de droits procéduraux en les inscrivant dans un principe général: le respect des droits de la défense. Ce développement autorise aujourd'hui A. Weber à parler d'un véritable « *droit administratif procédural communautaire* »³³⁹. Mais tel développement laisse aussi espérer, à côté de la fragmentation des régimes juridiques matériels, une formalisation complète, rigide, et peut-être codifiée des règles procédurales en droit communautaire³⁴⁰.

114. Telles sont les deux conceptions de la procédure administrative. Elles ont beau ne pas s'exclure absolument, elles se distinguent radicalement. L'une reconnaît « *le besoin de flexibilité administrative et les inconvénients de formes procédurales excessives* »; l'autre craint qu'une « *approche ad hoc laisse les autorités administratives sans aucune orientation ni limite* »³⁴¹. Les deux conceptions ont leur place en droit communautaire³⁴². Mais à la seconde semble s'être attachée particulièrement la Cour de justice. Avant d'en apporter la preuve, il faut préciser les conditions dans lesquelles cette évolution a eu lieu.

³³⁶ CJCE, 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, aff. 60/81, pt 14, Rec. 2652.

³³⁷ K.-H. LADEUR, *The Integration of Scientific and Technological Expertise into the Process of Standard-Setting According to German Law*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 98.

³³⁸ Les seules dispositions qui ne se limitent pas à des régimes particuliers sont lacunaires. On ne peut citer que les dispositions du traité sur la motivation et la publicité des actes des institutions (Articles 253 et 254 CE) et deux dispositions réglementaires : l'une portant fixation du régime linguistique de la Communauté (Règlement (CEE) n° 1 du Conseil, JOCE 1958, 17/385), l'autre sur la détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes (Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil, JOCE 1971, L 124/1).

³³⁹ Cf. A. WEBER, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della comunità europea*, RIDPC, 1992, 393-412. Il est intéressant de remarquer que les communautaristes s'opposent ainsi aux canonistes des XI^{ème} et XIII^{ème} siècles: « *they wrote treatises on procedure, but they did not generally analyze individual subsystems of substantive law* » (H.J. BERMAN, *LAW AND REVOLUTION. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1983, 253).

³⁴⁰ A ce sujet, v. C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, ELJ, 1996, 3-25; M. SHAPIRO, *Codification of Administrative Law: The US and the Union*, ELJ, 1996, 26-47.

³⁴¹ R.B. STEWART, 'Vermont Yankee' and the Evolution of Administrative Procedure, HLR, 1978, 1818-1819.

³⁴² En ce sens, R. KOVAR, *Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intéressés: un équilibre difficile*, Dalloz, Chron., 1981, 133-138.

Chapitre II

LES CARACTERES DE L'ORDRE ADMINISTRATIF COMMUNAUTAIRE

115. Une description, même sommaire, de l'ordre administratif communautaire implique trois marques essentielles, liées entre elles: l'ordre administratif communautaire est *dualiste* (I), les pouvoirs de l'administration sont *discrétionnaires* (II), la procédure est *quasi-juridictionnelle* (III).

SECTION I. LE REGIME DUALISTE DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

116. Dans les ordres juridiques étatiques classiques, les fonctions législative et juridictionnelle sont confiées à des organes distincts. A chaque organe sa mission, sa procédure, son mode de formation du droit³⁴³. Il n'en est plus de même aujourd'hui dans de nombreux systèmes nationaux et dans le système communautaire. Une même fonction rassemble des procédures qui se sont constituées par dissociation. Il arrive ainsi que la fonction administrative développe des procédures de type législatif aussi bien que juridictionnel (I). Dès lors, la protection juridique devient une préoccupation essentielle de l'administration (II).

§ I. EXECUTION NORMATIVE ET EXECUTION GESTIONNAIRE

117. A côté de l'élaboration législative proprement dite des règlements de base, il existe une « exécution normative », visant à déterminer les modalités générales d'application des règles de base, et une « exécution gestionnaire », visant à déterminer les modalités d'application de ces règles aux situations individuelles³⁴⁴. La difficulté est de distinguer entre elles.

118. Comme il n'existe pas au sein de l'Union de différenciation des *fonctions*, il est impossible d'utiliser un critère organique: le Conseil et la Commission cumulent la fonction normative et les tâches d'exécution individuelle. On ne peut pas se tourner non plus vers le critère de la nature formelle de *l'acte*. Il n'existe pas, en droit communautaire, de théorie classique de l'acte administratif, pour laquelle à l'acte individuel correspondrait l'activité gestionnaire et à l'acte pris en forme générale l'activité normative ou quasi-législative. Pour opérer une telle distinction, il faudrait qu'il y eût une correspondance entre la forme de l'acte et son contenu. Il n'en est rien. Un règlement communautaire peut aussi bien revêtir le caractère d'acte législatif,

³⁴³ Cf. M. CAPPELLETTI, *LE POUVOIR DES JUGES*, trad. de R. David, P.U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1990, 68-77.

³⁴⁴ En ce sens, conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Commission/Conseil* (aff. 16/88), [1989] Rec. 3469.

d'acte « quasi-législatif »³⁴⁵ ou d'acte à portée individuelle. Un exemple remarquable en est donné par les règlements antidumping. H. Lesguillons résume très bien la situation dans ce secteur: « les éléments qui constituent la procédure et aboutissent au règlement de l'affaire revêtent une allure de généralité qui ne traduit pas toute la réalité. L'aspect de généralité résulte, dans certains cas par exemple, de ce que l'enquête porte, à la suite d'une plainte, sur des importations d'un produit déterminé (et non d'un producteur déterminé) en provenance d'un ou plusieurs pays. Elle est également marquée par l'instrument juridique qui sera utilisé par la Commission et le Conseil pour instituer un droit provisoire ou définitif, à savoir le règlement dont l'article 189 du Traité CEE dit qu'il "a une portée générale". Cette apparence de généralité ne doit pas masquer la réalité. Cette réalité est que la procédure toute entière, comme la décision finale, sont très personnalisées, individualisées »³⁴⁶. Voilà pourquoi l'avocat général Warner a proposé de parler d'acte et de procédure « hybrides »³⁴⁷.

119. *L'élément distinctif n'est donc ni l'auteur ni la nature formelle mais le régime matériel de l'acte*³⁴⁸. Selon une jurisprudence constante, le critère de distinction entre l'acte normatif et la décision « doit être recherché dans la portée générale ou non de l'acte en question »³⁴⁹. L'acte est normatif s'il « s'applique à des situations déterminées objectivement et (...) produit des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière abstraite »³⁵⁰. Les conséquences de cette distinction sont doubles. D'une part, théoriquement, il en résulte une « incertitude concernant les limites exactes de la fonction administrative, notamment par rapport à une éventuelle fonction législative »³⁵¹. D'autre part, pratiquement, les garanties procédurales sont réservées par le juge au domaine de l'exécution individuelle³⁵².

³⁴⁵ Sur cette notion utilisée par la première jurisprudence en quelques occasions, J.-V. LOUIS, *LES REGLEMENTS DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1969, 223 et ss.

³⁴⁶ H. LESGUILLONS, *op. cit.*, 121.

³⁴⁷ « ... autant il nous semble qu'un instrument comme le règlement n° 1778/77 présente dans une certaine mesure un caractère hybride, autant il nous semble aussi qu'une enquête anti-dumping peut également, aux présentes fins, être de nature hybride » (Conclusions de l'avocat général M. J.-P. Warner, présentées le 14 février 1979, dans l'affaire *NTN Toyo Bearing Company/Conseil*, aff. 113/77, Rec. 1262).

³⁴⁸ G. DELLA CANANEA estime que la distinction se fonde sur l'« *ambito sostanziale di operatività* » (*I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DELLA COMUNITA EUROPEA*, Thèse EUI, Florence, 1994, 100).

³⁴⁹ Voy. par ex. CJCE (Ordonnance), 12 juillet 1993, *Gibraltar et Gibraltar Development/Conseil* C-168/93, pt 11, I-4014; TPICE, 21 février 1995, *Campo Ebro e.a./Conseil*, T-472/93, pt 32, II-435.

³⁵⁰ Voy. par ex. CJCE, 21 novembre 1989, *Usines coopératives de déshydratation du Vexin e.a./Commission*, C-244/88, pt 13, Rec. 3830 (3811). Voir, à ce sujet, l'étude générale de R. KOVAR, *L'identification des actes normatifs en droit communautaire*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 387-422.

³⁵¹ A. DE LAUBADERE, *TRAITS GENERAUX DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Académie de droit international de La Haye, Recueil des Cours, Sijthoff, Leyden, 1964, I, 537; dans le même sens, S. CASSESE, *La Costituzione europea*, Quaderni costituzionali, 1991, 496. L'auteur estime que « le pouvoir administratif est celui qui est le plus incertain au sein de la constitution européenne ».

³⁵² Ainsi, l'un des critères les plus sûrs de la distinction entre actes normatifs et actes individuels passe par la procédure. Mais c'est déjà le cas en droit français depuis la loi du 11 juillet 1979 imposant la motivation des actes individuels et le décret du 28 novembre 1983 introduisant le respect des droits de la défense pour les actes individuels.

120. Témoigne de cette correspondance un arrêt du Tribunal de première instance du 11 décembre 1996³⁵³. Cet arrêt est l'une des nombreuses réactions contentieuses provoquées par l'adoption du Règlement 403/93 du Conseil relatif à l'organisation commune de marché de la banane³⁵⁴. En l'espèce, les requérantes demandent la condamnation de la Communauté à verser des dommages-intérêts en réparation du dommage subi du fait de l'entrée en vigueur de ce règlement. Elles font valoir, à l'appui de leur demande, le fait, notamment, qu'elles n'auraient pas été entendues par la Commission avant l'adoption du règlement par la Conseil constituerait une violation des droits de la défense. L'argumentation, judicieuse, se poursuivait ainsi: « En ce qui concerne l'argument du Conseil selon lequel le droit d'être entendu n'existe pas dans le contexte d'une procédure conduisant à l'adoption d'une mesure normative, les requérantes rétorquent qu'il n'existe, pour un particulier, aucune différence selon que sa situation juridique est affectée par le résultat d'une procédure administrative ou par celui d'une procédure législative. Elles ajoutent que, dans un domaine comme le droit agricole, dans lequel les institutions disposent d'un pouvoir aussi important, il est nécessaire que, avant d'intervenir, le législateur donne à toutes les parties la possibilité de s'exprimer »³⁵⁵. Elles réclamaient, en conséquence, la transposition d'une jurisprudence de 1994 dans laquelle il était précisé que le droit d'être entendu doit être respecté en toutes circonstances³⁵⁶. Les considérations qui ont conduit le Tribunal à rejeter cette transposition méritent d'être citées *in extenso*: c'est que l'arrêt invoqué « s'inscrit dans une jurisprudence constante en matière de concurrence (...) [laquelle] doit être appréciée dans son propre contexte et ne saurait être étendue à celui d'une procédure législative communautaire aboutissant à l'adoption de mesures normatives qui impliquent un choix de politique économique et s'appliquent à la généralité des opérateurs économiques concernés ». Par ailleurs, « il convient d'ajouter que, dans le cadre d'une procédure d'adoption d'un acte communautaire basée sur un article du traité, les seules obligations de consultation qui s'imposent au législateur communautaire sont celles prescrites par l'article en cause »: le Tribunal rappelle ainsi que les seules consultations prévues concernent le Parlement européen, « reflet, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental », et le Comité économique et social, représentant des forces économiques et sociales³⁵⁷.

121. Maintenant, on dira peut-être, en dépit des formules générales utilisées par le Tribunal dans cette affaire, que l'exclusion des droits de la défense résulte du fait qu'il s'agit en l'espèce d'une procédure menée par le *Conseil* en matière agricole. Il n'en est rien. La preuve en est la rédaction d'une ordonnance du Tribunal du 30 septembre 1997³⁵⁸. Cette fois, la disposition attaquée est un Règlement de la Commission 887/96 du 5 mai 1996 portant modalités d'application du régime d'aides à la consommation pour l'huile d'olive: il s'agit bien d'un acte administratif normatif, non plus, au sens strict, d'un acte législatif. La question porte sur la recevabilité des recours en annulation introduits par des associations à l'encontre d'un acte de caractère normatif. Au cours de la procédure, la requérante allègue qu'elle se trouverait dans une

³⁵³ TPICE, 11 décembre 1996, *Atlanta e.a./Commission*, T-521/93, II-1707.

³⁵⁴ Cf. Y. GAUTIER, *Responsabilité extracontractuelle*, JDI, 1997, 503-506.

³⁵⁵ TPICE, 11 décembre 1996, *Atlanta e.a./Commission*, T-521/93, pt 67, II-1732.

³⁵⁶ TPICE, 23 février 1994, *CB et Europay/Commission*, T-39/92 et T-40/92, II-49.

³⁵⁷ TPICE, 11 décembre 1996, *Atlanta e.a./Commission*, T-521/93, pts 70, 71 et 72, II-1733.

position identique à celle accordée aux plaignants dans le cadre de la procédure antidumping, lesquels bénéficient, du fait de leur participation à la procédure administrative préalable à l'adoption de l'acte, d'une qualité pour agir à l'encontre de cet acte. Serait en jeu, de ce fait, une violation du principe d'égalité de traitement procédural et juridictionnel. Mais, d'après le Tribunal, le principe d'égalité n'est pas violé « dès lors qu'il n'est pas établi que, en agissant de la sorte, le législateur communautaire a violé des principes généraux du droit communautaire, tels que le droit à être entendu. Or, par leur nature même, ni le processus d'élaboration des actes normatifs ni les actes normatifs eux-mêmes, en tant que mesures de portée générale, n'exigent, en vertu de ces principes, la participation des personnes et/ou associations affectées, les intérêts de celles-ci étant représentés par les instances politiques appelées, en vertu du traité, à adopter ces actes »³⁵⁹. On ne saurait être plus clair: « cette solution trouve son fondement *dans la nature même du processus législatif* qui, en tant que tel, n'exige pas le respect du droit d'être entendu de toutes les personnes affectées tout en n'excluant pas la faculté pour le législateur de se faire éclairer par les entreprises et/ou les associations concernées lorsque les caractéristiques du secteur économique en cause le justifient »³⁶⁰.

§ II. LA PROTECTION JURIDIQUE

121b. *La règle est donc l'exclusion de la protection procédurale du processus normatif.* L'attribution de garanties procédurales est gouvernée par le **principe général de protection juridique**, formulé par la Cour suivant son acception classique:

« dans tous les systèmes juridiques des Etats membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère de l'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et (...) ces systèmes prévoient, en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protection doit être reconnue comme un principe général de droit communautaire. »³⁶¹

Ce principe s'applique en premier lieu à « la protection par le biais de l'existence d'une base légale appropriée, qui fournit en même temps les points de référence aux instances de contrôle »³⁶². Il s'applique en second lieu à la protection juridictionnelle³⁶³. Mais il s'applique

³⁵⁸ TPICE (Ordonnance), 30 septembre 1997, *Federolio/Commission*, T-122/96, II-1559.

³⁵⁹ Ibid., pt 75.

³⁶⁰ Ibid., pt 78 (nous soulignons). En ce sens également, TPICE, 13 décembre 1995, *Vereniging van Exporteurs/Commission*, aff. jtes T-481/93 et T-484/93, II-2941; TPICE, 16 juillet 1998, *Bergadem et Goupil/Commission*, T-199/96, II-2805.

³⁶¹ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoehst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 277/88, pt 19, Rec. 2924.

³⁶² Voir, pour une étude exhaustive, D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, 206, 202 et ss..

³⁶³ Sous cette forme, l'avocat général VAN GERVEN en fournit la définition la plus rigoureuse: « Dans ce contexte, nous entendons par *protection juridique* la possibilité qui appartient à tout titulaire d'un droit, d'une compétence ou d'une prérogative de s'adresser au pouvoir judiciaire de sa propre initiative, c'est-à-dire selon son propre jugement afin de faire valoir ce droit, cette compétence ou cette prérogative » (Conclusions présentées dans l'affaire *Parlement/Conseil*, C-70/88, [1990] I-2058).

aussi dès le stade de procédure administrative, dans la mesure où les garanties procédurales permettent « une mise en œuvre anticipée de la protection juridique »³⁶⁴. En ce sens, il renvoie bien à l'idée de l'Etat de droit³⁶⁵. A ce niveau, la procédure administrative est une expression de la « Communauté de droit », qui s'étend ainsi du contrôle juridictionnel à la protection précontentieuse³⁶⁶.

A. L'Etat de droit et la démocratie en droit administratif

122. On a pu suggérer que les Etats constitutionnels modernes disposent de deux sortes de principes et de discours pour fonder la démocratie: le « discours libéral » classique, associé au principe de l'Etat de droit, qui postule la priorité de l'autonomie privée des personnes et la garantit par des libertés négatives, et le « discours républicain », fort d'une tradition qui remonte à Aristote et à l'humanisme politique de la Renaissance, qui privilégie la Démocratie et donne à l'autonomie publique des citoyens la priorité sur les libertés prépolitiques des personnes privées³⁶⁷. Ce sont deux idéaux fondateurs qui s'opposent en théorie³⁶⁸. Au sein de l'Etat constitutionnel démocratique, il faut toujours compter avec une combinaison pratique des deux, en sorte qu'« aucune forme de l'autonomie ne soit entravée par l'autre »³⁶⁹. Une manière de combinaison résulte de la coexistence de deux sortes de droits: les droits politiques de participation d'un côté, les libertés fondamentales du sujet de droit privé de l'autre. Celles-ci sont « essentiellement des droits à une "protection juridique effective" »³⁷⁰. Or c'est « initialement au droit de propriété » qu'une telle protection se rapporte³⁷¹. Elle fut ensuite généralisée aux droits fondamentaux d'une part, sous la forme de la protection juridictionnelle d'autre part³⁷².

³⁶⁴ H. SIEDENTOPF, *Rapport pour la R.F.A.*, in *CITOYEN ET ADMINISTRATION*, F. Delpérée (dir.), Cabay-Bruylant, Bruxelles, 1985, 248.

³⁶⁵ Sur ce point, J. CHEVALLIER, *L'ETAT DE DROIT*, Montchrestien, Paris, 1992, 58 et ss.

³⁶⁶ J.-P. JACQUE a le mérite de rappeler qu'« une communauté de droit n'est pas une communauté de normes, mais une communauté dans laquelle est assuré le contrôle juridictionnel du respect par les autorités de la règle de droit » (*La Constitution de la Communauté européenne*, Revue universelle des droits de l'homme, 1995, 406-407). Mais il ne mentionne pas cette extension à la procédure précontentieuse.

³⁶⁷ Sur la tradition républicaine ravivée aux Etats-Unis grâce aux travaux de J.G.A. Pocock, voir J.-F. SPITZ, *Républicanisme et droits de l'homme*, Le Débat, n° 97, 1997, 48-69.

³⁶⁸ Cf. J. HABERMAS, *DROIT ET DEMOCRATIE. Entre faits et normes* (traduit en français par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Gallimard, Paris, 1997, Chap. III. Le vocabulaire de cet auteur appartient pour partie à la pensée politique américaine, pour partie à la tradition constitutionnelle allemande, et c'est pourquoi il est susceptible de produire des confusions. On le comprendra peut-être mieux en France si l'on songe à l'opposition historique entre la doctrine de la souveraineté nationale et celle de la souveraineté populaire.

³⁶⁹ J. HABERMAS, *Sur le droit et la démocratie*, Le Débat, n° 97, 1997, 44.

³⁷⁰ R. ALEXY, *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*, trad. de l'allemand par E. Garzón Valdes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 472. L'ouvrage se réfère à l'histoire du droit constitutionnel allemand. Voir, pour un développement semblable en Espagne, J.M. ROMERO MORENO, *PROCESO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ESPANA DEL SIGLO XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

³⁷¹ Sur le lien historique entre droits de la défense et droit de propriété, K. PENNINGTON, *THE PRINCE AND THE LAW. 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, Berkeley, 1993, 148 et ss.

³⁷² R. ALEXY, *op. cit.*, 460.

123. On retrouve cette distinction aujourd'hui au sein de l'ordre administratif³⁷³. La difficulté vient du fait que « le thème de la participation peut se réclamer non seulement de l'idée démocratique, mais aussi des valeurs qui s'attachent au bon fonctionnement de l'Etat de droit et à la réalisation effective du bien commun »³⁷⁴. On a proposé de distinguer entre la dimension « démocratique » et la dimension « d'Etat de droit » de la participation: « la participation fondée sur le principe démocratique doit associer le citoyen aux décisions importantes de l'Administration, non pas comme représentants d'intérêts individuels, mais comme citoyen apportant sa contribution à la détermination concrète du bien commun »; mais la participation peut également être interprétée « non pas comme coopération "démocratique", mais exclusivement comme le moyen de garantir, en temps opportun, à l'individu concerné une protection juridique effective »³⁷⁵.

124. Deux types de procédures administratives doivent donc être distinguées: « les premières procédures, en effet, tendent principalement à réaliser un objectif de l'administration et donnent lieu à des actes de *collaboration* du particulier »³⁷⁶. Dans les secondes, le particulier se trouve en situation de conflit avec l'administration et agit pour son propre bien ou son propre avantage: son acte est un acte de *défense* et non de participation »³⁷⁷. Les garanties de procédure « ne peuvent s'expliquer à partir des principes démocratiques de la participation, mais s'inscrivent dans la perspective des relations bilatérales », dont le domaine d'élection est la procédure judiciaire et qui sont transposées dans le domaine administratif³⁷⁸.

B. La défense et la participation

125. Au point de vue procédural, il importe de distinguer entre les interventions de la Commission « en tant que législateur pour créer le droit », et « en tant qu'administration pour prendre des actes de gestion administrative »³⁷⁹. La rhétorique peut tromper: les procédures normatives et gestionnaires partagent aujourd'hui une sémantique des procédures, de l'information ou de la transparence. Mais les droits ne doivent pas être confondus: l'audition³⁸⁰

³⁷³ Sur ce point, D.J. GALLIGAN, *Rights, Discretion and Procedures*, in *LAW, RIGHTS AND THE WELFARE STATE*, C.J.G. Sampford & D.J. Galligan (eds.), Croom Helm Ltd, London, 1986, 128-149.

³⁷⁴ P. ORIANNE, *op. cit.*, 301.

³⁷⁵ H. SIEDENTOPF, *op. cit.*, 243-249, 248. Encore convient-il de rester prudent: autant la démocratie administrative fondée sur une participation à l'intérêt général doit être distinguée de la démocratie politique fondée sur la volonté générale, autant la protection procédurale administrative ne peut être confondue avec la protection qu'offre la procédure judiciaire. En se plaçant au point de vue abstrait de la participation, on apercevrait une série de transitions, et comme des différences de degré, là où réellement il y a une différence radicale de nature.

³⁷⁶ Cf., en France, B. GENY, *LA COLLABORATION DES PARTICULIERS AVEC L'ADMINISTRATION*, Sirey, Paris, 1930; plus récemment, B. DELAUNAY, *L'AMELIORATION DES RAPPORTS ENTRE L'ADMINISTRATION ET LES ADMINISTRES. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Paris, 1993.

³⁷⁷ S. CASSESE, *Les conditions de participation du citoyen à la vie administrative*, in *LA PARTICIPATION DIRECTE DES CITOYENS A LA VIE POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE*, F. Delpérée (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1986, 279.

³⁷⁸ Cf. E. GARCIA DE ENTERRIA, *Principes et modalités de la participation à la vie administrative*, in *LA PARTICIPATION DIRECTE DES CITOYENS A LA VIE POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE*, F. Delpérée (dir.), Bruylant, Bruxelles, 257.

³⁷⁹ Argument de la Commission (CJCE, 15 mars 1984, *Tradax/Commission*, aff. 64/82, pt 17, Rec. 1377).

³⁸⁰ Cf. CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, Rec. 461, pt 11.

avec la consultation démocratique³⁸¹, l'exigence de motivation et la nature de la publicité en fonction du caractère général ou individuel des normes adoptées³⁸², et surtout l'accès au dossier avec l'accès aux documents. Malgré la publication en 1993, par le Conseil et la Commission, d'un Code de conduite relatif au droit à l'information³⁸³ et la consécration du droit d'accès aux documents des institutions par le traité d'Amsterdam³⁸⁴, la distinction demeure. L'avocat général Tesouro, dans l'affaire mettant en cause le statut de ce code, rappelle à juste titre que la transparence est une condition pour « développer, dans les rapports entre l'administration et les administrés, des modèles d'organisation assurant réellement la *participation* de ces derniers » : ce n'est donc pas une condition de la *défense* des entreprises concernées³⁸⁵. Le Code exclut d'ailleurs de son champ d'application les « activités d'inspection et d'enquête », parmi lesquels se rangent les procédures économiques non contentieuses³⁸⁶. Reste que l'exception doit être interprétée strictement³⁸⁷. Alors que jusqu'ici le droit d'accès au dossier semblait la référence en matière d'information³⁸⁸, désormais c'est l'accès aux documents qui fournit l'étalon de la protection.

³⁸¹ Cf. CJCE, 29 octobre 1980, *Maizena/Conseil*, aff. 139/79, pt 34, Rec. 3424.

³⁸² Cf. C.-A. MORAND, *LA LEGISLATION DANS LES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES*, LGDJ, Paris, 1968, 146. Quelle est la *ratio legis* de la relation établie entre les modes de publicité ou les exigences de motivation et le caractère général ou individuel des normes créées ? Elle consiste en ce que les actes individuels affectent d'une manière particulière les intérêts de leurs destinataires. C'est pourquoi ils doivent être entourés de garanties plus strictes : des garanties « contre l'arbitraire ». Publicité et motivation constituent les garanties de l'information du citoyen ; notification et motivation constituent des garanties de protection de l'individu (Conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire *Comptoirs de vente du Charbon de la Ruhr/Haute Autorité* (aff. jtes n° 6, 37, 38-59 et 40-59), [1960] Rec. 911).

³⁸³ JOCE 1993, L 340/41.

³⁸⁴ Art. 255 CE.

³⁸⁵ Voir ses conclusions présentées le 28 novembre 1995, dans l'affaire *Pays-Bas/Conseil*, C-58/94, [1996] I-2171-2185. La différence est clairement établie en droit américain (voir G. SCOFFONI, *LE DROIT A L'INFORMATION ADMINISTRATIVE AUX ETATS-UNIS. Du modèle américain au modèle français de transparence*, Economica, Paris, 1992, 7-25).

³⁸⁶ Un arrêt de la Cour du 17 juin 1998 précise, à propos de la directive concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, que la notion d'"instruction préliminaire", ouvrant une dérogation au droit d'accès, vise « des procédures à caractère *juridictionnel ou quasi juridictionnel*, ou, en tous cas, des procédures qui débouchent inévitablement sur une sanction si l'infraction administrative ou pénale est constatée » ((*Mecklenburg*, C-321/96, pt 27, I-3835). Encore faut-il que l'exception soit soigneusement motivée.

³⁸⁷ Dans l'arrêt *van der Wal/Commission*, le Tribunal de première instance avait jugé que la Commission est en droit de se prévaloir de l'exception tirée de la protection de l'intérêt public en ce qui concerne le déroulement de « procédures juridictionnelles », dès lors que sont en cause des documents produits par la Commission dans le cadre de la Communication prévoyant une coopération avec les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité (TPICE, 19 mars 1998, *van der Wal/Commission*, T-83/96, pt 51, II-565-566). On a pu expliquer cette interprétation par le fait qu'elle concerne « le cadre de ce contentieux très spécifique qu'est celui du droit de la concurrence » et qu'il n'en est pas de même « à propos de la décision n° 93/731/CE du Conseil relative à l'accès aux documents administratifs » (Y. GAUTIER, *Chronique de jurisprudence*, JDI, 1999, 514-518). L'arrêt, cependant, a été annulé en pourvoi. La Commission ne peut se contenter d'invoquer l'exception tirée de « intérêt public » : « le respect des règles nationales de procédure est suffisamment garanti si la Commission s'assure que la divulgation des documents ne constitue pas une infraction au droit national. En cas de doute, elle consulte la juridiction nationale et ne refuse l'accès que si cette dernière s'oppose à la divulgation desdits documents » (CJCE, 11 janvier 2000, *Pays-Bas et van der Wal*, C-174/98 P et C-189/98 P, pt 28). Toute exception au droit d'accès doit être « interprétée et appliquée strictement » (Adde : J. RIDEAU, *Le principe de transparence dans l'ordre juridique communautaire*, Dalloz, 2000, 192-193 ; D. SIMON, *Accès aux documents dans les procédures de concurrence*, Europe, 2000, n° 71).

³⁸⁸ Cf. CJCE, 15 mars 1984, *Tradax/Commission*, aff. 64/82, pt 25, Rec. 1379 ; Conclusions de l'avocat général Slynn, Rec. 1386.

126. Au total, il y a loin de la défense à la participation: ici, il s'agit d'ouvrir la prise de décision administrative en permettant à tous les intéressés d'y prendre une part effective; là, il s'agit d'interdire qu'une personne fasse l'objet d'une décision lui faisant grief sans avoir été en mesure de présenter son point de vue ni être assurée de la qualité de la décision. Les procédures économiques ne sont pas prêtes à s'ouvrir à la participation de tous les intéressés à la prise de décision administrative. De là aussi l'importance de la question des tiers. En droit économique communautaire, il n'est pas question de « transformer les procédures formelles et le contrôle juridictionnel en un mécanisme alternatif de représentation des intérêts »³⁸⁹.

127. On est donc loin du mouvement qui a conduit le droit administratif américain à évoluer vers une « juridictionnalisation » des procédures normatives et, réciproquement, vers une « démocratisation » des procédures individuelles³⁹⁰. Ce mouvement a-t-il une chance de s'imposer en droit communautaire? N'anticipons pas sur les analyses qui viendront. A ce stade, il est très important de distinguer si l'on veut comprendre le développement et les limites de la consécration de garanties procédurales. Bruce Ackerman remarque que l'ordre *constitutionnel* américain est un « ordre dualiste »³⁹¹: de la même manière, on pourrait dire que l'ordre *administratif* communautaire est « dualiste », et que c'est sur le terrain des procédures que ce dualisme se manifeste le plus nettement.

SECTION II. LA NATURE DISCRETIONNAIRE DU POUVOIR ADMINISTRATIF

128. Tombé dans le champ de la sociologie juridique ou de la théorie politique, le concept de pouvoir discrétionnaire demeure pourtant si imprécis dans son usage que la doctrine juridique continue de s'interroger sur les contours du phénomène qu'il prétend désigner. Or, demander: qu'est-ce que le pouvoir discrétionnaire ?, ce n'est pas seulement s'interroger sur les caractères d'un phénomène marginal, c'est poser la question fondamentale du droit administratif³⁹². De la

³⁸⁹ R.B. STEWART, *Le « procéduralisme » dans le droit administratif américain*, EDCE, n° 30, Paris, 1978-1979, 309.

³⁹⁰ Le droit américain n'ignore certes pas la distinction entre participation dans la procédure d'élaboration et protection dans la procédure d'application des normes au niveau administratif (Cf. H.A. LINDE, G. BUNN, F. DAFF, W.L. CHURCH, *LEGISLATIVE AND ADMINISTRATIVE PROCESSES*, The Foundations Press, Mineola, New York, 2nd ed., 1981, 48-49). Il distingue ainsi le 'rule-making' et l'*'adjudication'*. Selon B. SCHWARTZ et W.W.R. WADE, le « rule-making is the process by which the administration lays down new prescriptions to govern the future conduct of those subject to his authority », tandis que l'*'adjudication'*, qu'il ne faut pas confondre avec l'*'adjudication'* en droit français, « is the process by which the administrator applies either law or policy or both to the facts of a particular case » (*LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT*, Clarendon, Oxford, 1972, 93). Mais, aux Etats-Unis, l'émergence d'un modèle dominant de représentation des intérêts a entraîné un mélange des modes de participation: le modèle de participation « démocratique » pouvant s'introduire dans les procédures individuelles et le modèle de protection de la « rule of law » étant appliqué aux procédures normatives (sur cette évolution, R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, HLR, vol. 88, n° 8, June 1975, 1811 et ss.).

³⁹¹ B.A. ACKERMAN, *WE THE PEOPLE. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991.

³⁹² En ce sens, intervention de G. BRABANT à la Conférence organisée par le Groupe Européen de Droit public (Spetses, Grèce, 1997): « le problème du droit administratif de l'avenir sera celui du pouvoir discrétionnaire de l'administration ». Ce sentiment semble partagé par la doctrine anglo-saxonne: « perhaps the most significant 20th century change in the fundamentals of the legal system has been the tremendous growth of discretionary

diversité des réponses apportées et de la permanence des incertitudes, il est sans doute permis de s'étonner. Mais cet étonnement tient lieu de première observation: le pouvoir discrétionnaire résiste étrangement à toute conceptualisation. L'étudier ici est cependant une nécessité. Cette nécessité tient dans le considérant suivant:

« S'agissant d'une procédure administrative qui porte sur des évaluations techniques complexes, la Commission doit disposer d'un *pouvoir d'appréciation* afin d'être en mesure de remplir ses fonctions. Mais, dans les cas où les institutions de la Communauté disposent d'un tel pouvoir d'appréciation, le respect des *garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives* revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figurent, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce, le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante »³⁹³.

129. Le pouvoir discrétionnaire est omniprésent en droit communautaire. Ses formes et ses fonctions varient. Le tableau de ces variations est bien trop complexe pour pouvoir être enfermé dans une synthèse simple et abstraite. Au lieu de chercher à en donner tout de suite une définition, il convient tout d'abord de dresser une brève *typologie* des différents régimes du pouvoir discrétionnaire (I). Eclairée par une *théorie générale du pouvoir discrétionnaire* (II), cette approche nous permettra de mieux saisir *l'importance du contrôle juridictionnel* sur les procédures (III).

§ I. LES REGIMES DE « DISCRETIONNALITE »³⁹⁴

130. La principale difficulté est de classer les différents régimes de discrétionnalité administrative³⁹⁵. Une définition générale qui peut, de prime abord, paraître parfaitement cohérente au niveau théorique, se révèle souvent, au contact de secteurs particuliers ou de cas d'espèce, tout à fait inadéquate: « *une étude détaillée de la discrétionnalité dans des contextes particuliers est indispensable. Il n'y a pas de vérité générale sur ce sujet, ou, s'il s'en présente,*

power » (K.C. DAVIS, *DISCRETIONARY JUSTICE. A Preliminary Inquiry*, Urbana, University of Illinois Press, 1979, 20).

³⁹³ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, pts 13 et 14, I-5499 (nous soulignons).

³⁹⁴ Le terme de « discrétionnalité », inventé par la doctrine italienne, est peu employé en France, suspect peut-être parce qu'il rappelle celui d'« Administration discrétionnaire » dont on sait, justement, qu'il fut abandonné au profit de celui de « pouvoir discrétionnaire » pour signifier un renforcement du contrôle juridictionnel de l'administration (quelques éléments sur ce passage in B. BAILLEUL & A. TROIANIELLO, *Le juge administratif à l'épreuve du fait*, RRJ, 1999, 847-872). Il demeure cependant souhaitable de disposer d'un mot simple pour exprimer cette notion: C. EISENMANN remarquait déjà que « le mot "discrétionnalité" — que Michoud avait déjà emprunté à la doctrine italienne — serait excellent » (*COURS DE DROIT ADMINISTRATIF*, LGDJ, Paris, t. I, 1982, 295). L'émergence d'un droit administratif européen peut être l'occasion de l'adopter.

³⁹⁵ Consulter la classification mise au point par Martin BULLINGER dans son étude de droit comparé portant sur le pouvoir discrétionnaire dans l'administration moderne, in *VERWALTUNGSERMESSEN IM MODERN STAAT*, Nomos, Baden-Baden, 1986 (la classification est traduite en français et en anglais).

on doit considérer qu'elles sont trompeuses »³⁹⁶. Il ne s'agit ici que d'éclairer l'enjeu de cette question pour notre objet d'étude³⁹⁷.

A. La discrétionnalité dans l'élaboration des normes

131. Il existe d'abord une discrétionnalité au niveau normatif ou quasi-législatif. A ce niveau, la Commission dispose d'un « pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques » que le traité attribue au législateur³⁹⁸. Sa mission est de mettre en œuvre l'intérêt communautaire dans des domaines complexes, tels que la politique commerciale, la politique agricole, ou la politique de concurrence. Dans ces domaines, l'élaboration de normes générales requiert « un degré de spécialisation dans la mise en œuvre — textes d'application — que le législateur ne saurait réaliser à l'aide d'une loi, générale et abstraite »³⁹⁹. On a ainsi pu reconnaître l'existence d'une « tendance jurisprudentielle à aligner l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission pour l'édiction d'actes d'exécution sur celle reconnue au Conseil pour l'adoption d'actes de base »⁴⁰⁰. Comment ce pouvoir se manifeste-t-il? Par la flexibilité avec laquelle la Commission élabore ses politiques, par secteurs, en fonction de l'opportunité économique. En attestent ses pratiques en matière d'aides⁴⁰¹, dans le domaine agricole⁴⁰² ou dans le domaine de l'antidumping⁴⁰³. Inutile de chercher dans ces pratiques un rythme ou une loi: c'est la discrétionnalité même. Non point l'arbitraire, car il y a des raisons objectives à ces prises de position. Mais la détermination de ces raisons et le choix des mesures en fonction des buts à atteindre semble appartenir à la Commission seule, et dépend tout autant de l'interprétation de critères économiques, de la nécessité d'ajuster une politique à de nouveaux

³⁹⁶ N. LACEY, *The Jurisprudence of Discretion: Escaping the Legal Paradigm*, in *THE USES OF DISCRETION*, K. Hawkins (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, 361-388.

³⁹⁷ Pour une étude générale. v. à présent D. RITLÉNG, *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, AJDA, 1999, 645-656.

³⁹⁸ En ce sens, par ex. CJCE, 12 septembre 1996, *Fattoria autonoma tabacchi e.a.*, aff. jtes C-254/94, C-255/94 et C-269/94, pt 56, I-4295 (règlement de la Commission fixant les modalités d'application du régime de quotas de transformation dans le secteur du tabac brut); TPICE, 5 juin 1996, *NMB France e.a./Commission*, T-162/94, pts 70-72, II-456 (règlement antidumping).

³⁹⁹ P. NEHROT, *Quelques réflexions sur l'expertise en droit européen de la concurrence*, APD, 1988, 302.

⁴⁰⁰ D. RITLÉNG, *comm.*, Europe, 1996, n° 390. Rappelons que la distinction entre actes de base et actes d'exécution a été établie dans l'arrêt de la CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, Rec. 1161.

⁴⁰¹ La Commission disposant de la possibilité de réviser sa politique générale pour certains types d'aides, ou pour certaines aides destinées à des fins particulières ou à des secteurs déterminés (v. la description de ces pratiques. Commission des C.E., *DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES. Règles applicables aux aides d'Etat (Vol. III)*, Bruxelles, Luxembourg, 1995, 51 et ss.).

⁴⁰² « Les institutions communautaires disposant d'une marge d'appréciation lors du choix des moyens nécessaires pour la réalisation de leur politique » (par ex. CJCE, 28 octobre 1982, *Faust/Commission*, aff. 52/81, pt 27, Rec. 3762; d'où il suit que les « opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des décisions prises par ces institutions dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation »).

⁴⁰³ De nombreux exemples sont donnés par I. VAN BAELE, *Discretionary powers of the Commission and their legal control in trade and antitrust matters*, in *LES POUVOIRS DISCRETIONNAIRES DES ETATS MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE DANS LE DOMAINE DE LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE ET LEURS LIMITES EN VERTU DU TRAITE C.E.E.*, J. Schwarze (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1988, 173-189.

comportements ou de considérations de pure gestion politique⁴⁰⁴. A ce niveau, le pouvoir discrétionnaire est de nature « politique » : il fait l'objet d'une « reconnaissance positive »⁴⁰⁵.

B. La discrétionnalité dans la gestion individuelle

132. Il existe ensuite une discrétionnalité au niveau gestionnaire. Il s'agit d'une discrétionnalité de type « technique » plutôt qu'« interprétative »⁴⁰⁶. Celle-ci, forme la plus classique du pouvoir discrétionnaire, découle de l'« indétermination » ou de l'« indéterminabilité » de la norme à appliquer⁴⁰⁷. Indépendamment du point de savoir si le langage juridique est indéterminé ou non, celle-là découle de la liberté accordée à l'administration dans la qualification juridique des faits et le choix des mesures adéquates.

A partir de là, trois types de discrétionnalité peuvent être distingués. Trois types qui sont, dans les faits, étroitement liés.

1. La définition de l'intérêt communautaire

133. Elle se manifeste d'abord dans le traitement des plaintes. Reconnu par le juge communautaire en l'absence de dispositions réglementaires, le principe de l'opportunité des poursuites signifie que la Commission est libre de donner une suite au dépôt de la demande⁴⁰⁸. Le Tribunal juge en outre que, pour mener à bien sa mission de surveillance, de mise en œuvre et d'orientation de la politique de concurrence, la Commission bénéficie du pouvoir d'accorder des degrés de priorités différents aux dossiers dont elle est saisie. Comment procéder au classement des demandes ? En fonction de l'*intérêt communautaire*, car « une autorité de concurrence doit agir dans l'intérêt public » et « pour apprécier l'intérêt communautaire qu'il y a à poursuivre l'examen d'une affaire, la Commission doit tenir compte des *circonstances du cas d'espèce* »⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Cf. R. BARETS, *THE AGRICULTURAL LAW OF THE EC. An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, Kluwer, Deventer - Boston, 1994, 213 ; P.P. CRAIG, *Discretionary power in modern administration*, in *VERWALTUNGSMESSEN IM MODERN STAAT*, Nomos, Baden-Baden, 1986, M. Bullinger (ed.), 79-111.

⁴⁰⁵ En ce sens, J. MOLNIER, *Le contrôle juridictionnel et ses limites : à propos du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, in *DE LA COMMUNAUTE DE DROIT VERS L'UNION DE DROIT*, J. Rideau (éd.), à paraître.

⁴⁰⁶ Sur cette notion, J.-I. SALAVERRIA, *Principio de legalidad y discrecionalidad administrativa*, *Revista española de derecho administrativo*, 1996, 535-554.

⁴⁰⁷ Sur ces notions, S. RIALS, *Pouvoir discrétionnaire*, Encyclopédie Dalloz, Contentieux administratif.

⁴⁰⁸ Dans le domaine de la concurrence, l'arrêt de principe est un arrêt du TPICE, 18 septembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, II-2223. Voir cependant, pour une première expression du principe de l'opportunité des poursuites, CJCE, 18 octobre 1979, *Gema/Commission*, aff. 125/78, Rec. 3173.

⁴⁰⁹ TPICE, 18 septembre 1992, *Automec SRL/Commission*, T-24/90, pts 85 et 86, II-2223. Comme il peut s'agir aussi bien d'un « intérêt politique, économique, ou juridique particulier pour la Communauté » (Communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE, JOCE 1993, C/39), on comprend que l'intérêt communautaire est tout simplement « ce que la Commission reconnaît comme tel » (D. BARTHE, *LA SITUATION DE L'ENTREPRISE VICTIME D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES CONTENTIEUX OBJECTIFS COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS*, Thèse Droit, Paris I, 1997, 194). Le juge communautaire a bien tenté de définir des critères d'appréciation en vue de rationaliser l'action de la Commission. Mais, par eux, on ne sort pas d'un choix subjectif effectué par la Commission, on indique même de nouveaux éléments de choix subjectifs (TPICE, 18 septembre 1992, *Automec SRL/Commission*, T-24/90, II-2223, pt 86 ; *Adde* : TPICE, 15 janvier 1997, *SFEI/Commission*, T-77/95, pt 58, II-

Ainsi, « c'est avant tout à la Commission de préciser dans chaque cas si la demande est "à propos" en fonction de l'époque où elle intervient, aux moyens humains et matériels dont l'autorité dispose, aux objectifs qu'elle a pu se fixer pour remplir plus efficacement sa mission ainsi qu'aux difficultés tant juridiques, que politiques ou économiques que l'affaire risque de susciter »⁴¹⁰.

134. Le même type de discrétionnalité concerne toutes les décisions administratives, au cours et à l'issue de la procédure. De manière générale, c'est en vue de « l'intérêt de la Communauté » que les décisions doivent être prises. Cette notion est centrale dans toutes les branches du droit économique, pour déclencher l'action de la Commission dans la régulation des marchés. Son importance va croissant⁴¹¹. Complexe et susceptible de jouer un ensemble de rôles très différents, elle octroie à la Commission un large pouvoir d'appréciation.

2. Les appréciations complexes

135. D'où vient cette marge d'appréciation pour déterminer, dans chaque cas, la décision conforme à l'intérêt communautaire? Principalement du fait que ces décisions reposent, en dernier ressort, sur une investigation qui implique des opérations d'évaluation complexes. Tel est le « critère déterminant » du pouvoir discrétionnaire en droit communautaire⁴¹². La discrétionnalité s'exerce non plus tant sur le choix de la décision mais sur le processus de sélection des faits et leur qualification. Une jurisprudence établie dès l'origine par la Cour de justice à propos des conditions d'application du paragraphe 3 de l'ex-article 85 [81] précise:

« les entreprises ont droit à un examen adéquat par la Commission de leurs demandes tendant à obtenir l'application de l'article 85 paragraphe 3; à cette fin, la Commission ne peut se borner à exiger des entreprises la preuve des conditions requises pour l'exemption, mais doit, en bonne administration, concourir par ses propres moyens à l'établissement des faits et circonstances pertinents; par ailleurs, *l'exercice des pouvoirs de la Commission comporte nécessairement des appréciations complexes en matière économique*; le contrôle juridictionnel doit respecter ce caractère en se limitant à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Cour en déduit. »⁴¹³

Ainsi formulé, ce passage ne s'applique pas seulement aux exemptions de l'article 81 § 3, il reflète le pouvoir de la Commission dans l'ensemble des évaluations économiques qu'elle est

22). Du reste, la Commission n'est nullement liée par ces critères dans son appréciation (TPICE, 16 septembre 1998, *IECC/Commission*, T-110/95, pt 52, II-3627).

⁴¹⁰ D. BARTHE, *op. cit.*, 197.

⁴¹¹ Cf. R. WESSELING, *CONSTITUTIONAL DEVELOPMENTS IN E.C. ANTITRUST LAW. The Transformation of Community Antitrust Law and its Implications*, Thèse EUI, Florence/Amsterdam, 1999, not. 204-207; B.J. RODGER & S.R. WYLIE, *Taking the Community Interest Line: Decentralisation and Subsidiarity in Competition Law Enforcement*, ECLR, 1997, 485-491.

⁴¹² D. RITLÉNG, *art. cit.*, 645-656.

⁴¹³ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 501 (nous soulignons).

amenée à effectuer⁴¹⁴. Il s'agit d'évaluations complexes, qui supposent une forte connaissance technique. Ajoutons que ces évaluations impliquent « des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire »⁴¹⁵. Dans tous les cas, le juge doit « limiter le contrôle qu'il exerce sur une telle appréciation »⁴¹⁶. La reconnaissance du pouvoir discrétionnaire est ici « négative ».

3. « Le pouvoir discrétionnaire technique »

136. Il reste des hypothèses dans lesquelles l'administration communautaire dispose d'un pouvoir technique sans évaluation complexe qui s'apparente à un pouvoir discrétionnaire. Tel est le cas par exemple en matière d'exemption des droits de douane. Ici, le pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'administration communautaire résulte non plus d'évaluations faites en opportunité mais du caractère technique de la matière en cause, qui excède la simple compétence de juges ordinaires. En ce sens, il répond à la définition d'un « pouvoir discrétionnaire technique ». Apparue en Italie⁴¹⁷, cette notion n'a pas été consacrée par la jurisprudence communautaire. Elle

⁴¹⁴ En matière de pratiques anticoncurrentielles, la Commission décide seule du choix de la mesure d'instruction (demande de renseignements ou vérification) et de la mesure qu'il convient d'adopter (CJCE, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association/Commission*, aff. 17/74, pt 16, Rec. 1080 (art. 81 § 3); CJCE, 11 juillet 1985, *Remia/Commission*, aff. 42/84, pt 34, Rec. 2575 (art. 81 § 1); v., en général, M.M. DELFINO, *ENFORCEMENT DISCRETION IN ANTITRUST: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE E.E.C. AND U.S. SYSTEMS*, PhD Dissertation, Stanford School of Law, 1982). Il en est ainsi également en vertu du Règlement sur les concentrations (CJCE, 31 mars 1998, *France e.a./Commission*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, pt 224, I-1520; J. BIANCARELLI, *Le contentieux des concentrations devant le juge communautaire*, in *LE CONTROLE JURIDICTIONNEL EN MATIERE DE DROIT DE LA CONCURRENCE ET DES CONCENTRATIONS*, TPICE, Office des publications officielles des C.E., Luxembourg, 1994, 55-65); en matière du contrôle des aides d'Etat (CJCE, 29 février 1996, *Belgique/Commission*, C-56/93, pt 11, I-772; CJCE, 17 novembre 1987, *BAT et Reynolds/Commission*, 142/84 et 156/84, Rec. 4487, pt 62; A. PAPAIOANNOU, *THE DISCRETIONARY POWER OF THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES IN THE FIELD OF STATE AIDS*, Thèse EUI, Florence, 1994); « comparable » est le pouvoir d'appréciation que détient la Commission dans le cadre de l'article 86 § 3 (TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a./Commission*, T-106/95, II-262 pt 100); pour l'imposition de droits provisoires ou de droits définitifs en matière d'antidumping (CJCE, 4 octobre 1983, *Fediol/Commission*, aff. 191/82, pt 26, Rec. 2934; CJCE, 7 mai 1987, *Nippon Seiko/Conseil*, aff. 258/84, pt 21, Rec. 1964; TPICE, 28 septembre 1995, *Ferchimex/Conseil*, T-164/94, II-2681; J. SCHWARZE, *Contrôle juridictionnel des décisions prises en matière d'antidumping*, DCSI, 1989, 549-562; C. LOPEZ-JURADO & R. DE LA CRUZ, *EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD COMUNITARIA EN MATERIA DE DUMPING Y DE SUBVENCION*, Universidad de Granada, Granada, 1993).

⁴¹⁵ CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris/Commission*, aff. 730/79, Rec. 2671, pt 24. Formulé en matière d'aides d'Etat, ce pouvoir paraît justifier l'absence d'effet direct des articles 87 et 88 (Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Capolongo/Maya* (aff. 71/72), [1973] Rec. 628). Il en résulte l'impossibilité pour le particulier de saisir une juridiction nationale pour demander l'application directe de ces dispositions. Cependant, l'idée qu'une telle conséquence procède uniquement du pouvoir discrétionnaire de la Commission laisse perplexe. La différence avec les solutions retenues dans le cadre des articles 81 et 82 ne s'explique pas de ce point de vue. Ce qui justifie cette solution, c'est plutôt le fait que « l'article 93 § 3 empêche l'Etat de mettre son projet d'aide à exécution avant que la Commission ait donné son accord » (Y. CHEROT, *LES AIDES D'ETAT DANS LES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Economica, Paris, 1998).

⁴¹⁶ Voy. par ex. CJCE, 11 juillet 1985, *Remia/Commission*, aff. 42/84, pt 34, Rec. 2575. Pour un rapprochement du contrôle dans les domaines d'interventions complexes, v. conclusions de l'avocat général Cosmas, présentées le 28 mars 1996, dans l'affaire *Allemagne e.a./Commission*, [1996] I-5161-5162.

⁴¹⁷ Sur cette notion, utilisée par la jurisprudence administrative italienne, lire M.S. GIANNINI, *DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1993, 3ème éd., 54-58. Ce concept repose sur une distinction opérée dans la prise de décision administrative entre « jugements d'existence », objectifs et susceptibles de faire l'unanimité, et « jugements d'évaluation », beaucoup plus controversés. Elle entraîne des conséquences sur la nature du contrôle juridictionnel.

est inconnue de la plupart des ordres administratifs nationaux, notamment de la jurisprudence allemande⁴¹⁸. Ainsi s'explique le différend survenu entre le Bundesfinanzhof et la juridiction communautaire dans une affaire *Technische Universität München*⁴¹⁹. S'agissant d'examiner l'équivalence d'appareils scientifiques, la question soumise à l'autorité administrative était technique, il est vrai; mais, précisément, d'après la juridiction allemande, les autorités douanières n'avaient dans ce domaine aucune marge d'appréciation: si les conditions de la règle posée pour cette équivalence étaient remplies, il leur fallait admettre les appareils en franchise⁴²⁰. Comment donc justifier pouvoir discrétionnaire et contrôle restreint en pareil cas? Ce n'est donc pas parce que le pouvoir administratif dispose d'un irréductible pouvoir discrétionnaire dans l'application de la règle que le contrôle est restreint. Mais, pour le comprendre, il faut opérer un renversement sensible de perspective: c'est parce que « les questions se situent bien au-delà des moyens d'appréciation ordinaires d'une juridiction », et que le juge refuse pour des raisons de « politique juridique » d'en connaître, qu'« il convient de rappeler que (...) la Commission doit disposer d'un pouvoir d'appréciation afin d'être en mesure de remplir ses fonctions »⁴²¹. De fait, au lieu de se livrer à une réévaluation des appréciations de caractère technique ayant conduit la Commission à prendre sa décision, ainsi que le suggérait la juridiction administrative allemande, la Cour préfère se demander si les garanties procédurales ont été respectées.

137. Dira-t-on que le lien entre discrétionnalité et garanties procédurales est rompu par cet arrêt? Dans une affaire de remboursement des droits de douane, la Commission objectait à l'exigence de respecter des garanties procédurales qu'elle ne procédait guère en ce domaine, à la différence de la situation décrite dans *Technische Universität*, à des « évaluations techniques complexes »⁴²². Dans cette procédure, la Commission devait procéder à la mise en balance de données de fait et de droit, à la vérification de la présence d'une négligence manifeste, à l'examen de l'avis des experts. D'après le Tribunal, « ce n'est pas le caractère particulièrement technique d'un dossier qui est seul de nature à engendrer le droit de l'intéressé d'être entendu devant la Commission, mais le pouvoir d'appréciation dont celle-ci dispose en la matière »⁴²³. De sorte que « le droit d'être entendu par l'administration nationale s'imposait encore plus que dans l'affaire *Technische Universität München*, précitée, dans lequel la Cour a relevé que l'importateur soit entendu au cours de la procédure qui se déroulait devant la Commission alors que seul était en cause l'examen technique objectif d'un appareil scientifique »⁴²⁴.

⁴¹⁸ Voir G. NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law — A Comparison in Historical Perspective*, MLR, 1994, 191-212. Bien que la notion ne soit pas consacrée, la doctrine s'est évidemment heurtée à la question de « la marge de liberté en raison des compétences techniques » (M. BULLINGER, *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration en République fédérale d'Allemagne*, RFDA, 1988, 439-451; 684-690).

⁴¹⁹ CJCE, 21 novembre 1991, *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*, aff. C-269/90, I-5469.

⁴²⁰ Ibid., *Rapport d'audience*, I-5473.

⁴²¹ Ibid., pt 15 et pt 11 des conclusions de l'avocat général Jacobs, I-5483.

⁴²² TPICE, 9 novembre 1995, *France-Aviation/Commission*, T-346/94, II-2841.

⁴²³ Ibid., pt 33.

⁴²⁴ Ibid., pt 36.

138. Terminons ce bref inventaire par une question. Le pouvoir discrétionnaire dans la gestion individuelle peut-il se comparer au pouvoir discrétionnaire dont jouit l'autorité administrative dans l'élaboration normative des politiques communautaires? Il a été jugé que « le large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur communautaire en la matière correspond au pouvoir d'appréciation qu'une jurisprudence constante reconnaît aux institutions communautaires lorsqu'elles adoptent, en application des règlements de base, des actions de protection antidumping concrètes »⁴²⁵. Cette correspondance peut être étendue à tous les domaines d'intervention économique. Il y a ainsi comme une translation du pouvoir discrétionnaire reconnu dans l'acte de base à celui qui est reconnu dans l'adoption de l'acte normatif d'exécution et à l'adoption de l'acte individuel. Et on voit quel est le rôle joué par le pouvoir discrétionnaire dans tous ces cas: c'est de permettre une expertise. C'est là le mécanisme fondamental de tout l'appareil administratif communautaire, normatif comme gestionnaire: en droit économique, l'expertise est une « structure » qui permet de « gérer la complexité »⁴²⁶.

139. Reste que, de manière générale, la Cour a reconnu que l'intensité du contrôle juridictionnel doit être d'autant plus réduite « que l'acte concerné a une portée générale »⁴²⁷. Dans tous les cas, le contrôle porte sur l'exactitude matérielle des faits, l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir, et le respect des règles de procédure. Mais, au titre des règles de procédure, le respect des droits de la défense s'impose à l'encontre des actes individuels. En raison du dualisme de l'ordre administratif, il ne s'étend pas au contrôle des actes normatifs. Là réside une différence fondamentale dans la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires.

§ II. THEORIE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE EN DROIT COMMUNAUTAIRE

140. Mais comment justifier de ce pouvoir? Il n'est pas inutile d'entrer dans cette question. Elle permet d'envisager plus clairement l'évolution du contrôle juridictionnel⁴²⁸.

A. Les solutions classiques

141. Déjà, il est évident que *le pouvoir discrétionnaire ou, ce qui revient au même, un pouvoir d'appréciation très large, acquiert une importance telle au sein de l'administration communautaire qu'on ne peut plus le réduire à la fiction de la légalité administrative classique*. D'après celle-ci, la tâche de l'administration est d'assurer la primauté de la volonté générale

⁴²⁵ TPICE, 5 juin 1996, *NMB France e.a./Commission*, T-162/94, pt 72, II-456-57.

⁴²⁶ L'ancien président de la Cour de justice, J. MERTENS DE WILMARS, écrit ainsi que « le développement corrélatif à la fois de la notion de pouvoir discrétionnaire (...) et du contrôle de ce pouvoir discrétionnaire me paraissent pouvoir être mis en rapport avec le concept de gestion de la complexité » (*Préface*, in A.-J. ARNAUD, *POUR UNE PENSEE JURIDIQUE COMPLEXE*, PUF, Paris, 1991, 15-19).

⁴²⁷ CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni/Conseil*, C-150/94, pt 54 (*adde*: comm. D. RITLENG, Europe, 1999, n° 12).

incarnée dans la loi. L'administration n'est rien qu'un mode d'exécution de la loi: « le régime administratif consiste essentiellement en ce qu'un pouvoir de police de police juridique, qui est le pouvoir exécutif ou administratif, est introduit comme *intermédiaire* entre la loi et le juge afin d'assumer dans l'application de la loi tout ce qui n'est pas proprement le contentieux, c'est-à-dire afin de faciliter et au besoin d'imposer aux citoyens l'exécution des lois par une réglementation appropriée, par l'organisation de services publics, par des décisions exécutoires particulières »⁴²⁹. Simple intermédiaire, sa fonction au sein du système juridique est réduite en raison du perpétuel danger qu'il représente pour les libertés individuelles. C'est que le pouvoir administratif est assimilé au discrétionnaire, et le discrétionnaire à l'arbitraire. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, par principe, est nié.

142. Il arrive bien que, à l'intérieur des cadres du schéma classique, la loi, incomplète ou imprécise, donne à l'administration, en vue d'appliquer l'intérêt public, des « pouvoirs larges », qui n'ont pas reçu la détermination, même lointaine, de la Volonté générale. « *En ce cas, explique Carré de Malberg, les pouvoirs administratifs prennent un caractère discrétionnaire; et pourtant, ici encore, les décisions prises par l'autorité administrative reposent au fond sur la loi* »⁴³⁰. Et ainsi, par une sorte de fiction, on en revient toujours au point de départ irréductible du système, situé hors du plan de l'administration: en ce point siège le Parlement, d'où toute action administrative est supposée dériver. La fiction est donc de croire, non pas à proprement parler que la loi suffit à tout — la même fiction établit qu'il n'est aucune loi qui puisse prévoir tout l'ensemble des rapports juridiques —, mais que l'administration, en appliquant la loi, ne se place qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elle ne fait que tirer les solutions logiques qu'a acceptées le législateur.

143. Or, c'est ce schéma qui éclate avec la pratique de l'administration communautaire, comme avec toute administration économique, parce qu'elle « présente un tel degré de complexité, de dépendance à l'égard de la situation chaque fois donnée, et d'incertitude qu'il est impossible de l'anticiper totalement en pensée et, par conséquent, d'en déterminer de façon définitive les enjeux normatifs »⁴³¹. Il est vrai qu'il existe un remède classique à cette incertitude: l'appel au juge. Le « retour à la légalité » constitue un thème commun parmi tous ceux qui souhaitent limiter l'arbitraire administratif: « le contrôle juridictionnel continue à être, et de

⁴²⁸ Sur la nécessité plus générale d'une théorie de la discrétionnalité administrative, E. DESDENTADO DAROCA, *Administrative Discretion and Judicial Control. Proposal of a Theoretical Construction*, REDP, 1999, 1131-1153.

⁴²⁹ M. HAURIU, *PRECIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL*, Sirey, Paris, 2ème édition, 1929, 718 (nous soulignons).

⁴³⁰ R. CARRE DE MALBERG, *CONTRIBUTION A LA THEORIE GENERALE DE L'ETAT*, t.I, Sirey, 1920, repr. CNRS, Paris, 1962, 504 (v. § III, 502 et ss.): « En quel sens l'administration est-elle une fonction d'exécution des lois? ».

⁴³¹ D. GRIMM, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in *DIE ZUKUNFT DER VERFASSUNG*, Surhrkamp, Francfort-sur-le-Main, 1991, 165, cité par J. HABERMAS, *DROIT ET DÉMOCRATIE. Entre faits et normes* (traduit en français par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Gallimard, Paris, 1997, 460. On peut penser que ce schéma éclate déjà avec l'émergence de l'Etat-providence, doté d'une administration très forte, qui est à l'origine d'une « crise » dans le droit: sur cette crise, A.E. TAY & E. KAMENKA, *Beyond Bourgeois Individualism*, in *FEUDALISM, CAPITALISM AND BEYOND*, E. Kamenka & R.S. Neale (eds.), Arnold, London, 1975.

beaucoup, le principal instrument du contrôle de l'Administration »⁴³². Ainsi envisagé, le pouvoir discrétionnaire ne réside plus dans la marge de liberté octroyée par le législateur, mais dans la marge que le juge ne contrôle pas. En ce sens, il est « résiduel »: c'est ce qui reste une fois effectué le contrôle du juge⁴³³.

144. Peut-on soumettre l'administration communautaire à ce schéma? Non, si l'on considère en outre que le pouvoir discrétionnaire doit être anéanti et que le juge a vocation à devenir une source de droit pour l'administration. Oui, si l'on s'en tient à la formule de Jean Rivero: « à tout moment, [le pouvoir discrétionnaire] est ce que le juge veut qu'il soit, *étant entendu que le juge ne peut vouloir qu'il ne soit pas* »⁴³⁴. Ainsi, « selon une jurisprudence constante de la Cour, le juge communautaire ne peut intervenir dans l'appréciation réservée aux autorités communautaires »⁴³⁵. C'est que le contrôle s'exerce sur des questions complexes qui « se situent bien au-delà des moyens d'appréciation ordinaires d'une juridiction »⁴³⁶. Au reste, confier un tel rôle au juge, ne serait-ce pas simplement remplacer « la discrétionnalité contestable de l'administration par celle, tout aussi contestable, de la juridiction »⁴³⁷? Le juge communautaire est formel: « il n'appartient pas au juge (...) de substituer sa propre appréciation à celle de la Commission »⁴³⁸.

B. Une « nouvelle » conception

145. Que conclure de là, sinon que le pouvoir discrétionnaire ne peut plus être conçu, par rapport au texte législatif et au contrôle juridictionnel, comme une activité marginale et prête à être intégrée dans l'armature légale du droit administratif classique? *Il doit être tenu comme l'ordre propre, irréductible, de l'administration communautaire*. La discrétion n'est plus un pouvoir brut: elle obéit à des règles, mais celles-ci ne découlent pas nécessairement du droit formel et contraignant⁴³⁹. A ce compte, la discrétion n'est plus une anomalie; elle est le mode

⁴³² J. WALINE, *L'évolution du contrôle de l'Administration depuis un siècle*, RPD, 1984, 1339; Comp. J. BELL, *Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View*, in *THE USES OF DISCRETION*, K. Hawkins (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, 89-111.

⁴³³ Cf. M. SHAPIRO, *Administrative Discretion: The Next Stage*, Yale Law Journal, 1983, 1487-1522.

⁴³⁴ Cité par D. RITLENG, *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, AJDA, 1999, 647.

⁴³⁵ TPICE, 28 septembre 1995, *Ferchimex/Conseil*, T-164/94, pt 67, II-2707 (antidumping).

⁴³⁶ Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München* (C-269/90), 1991, I-5483.

⁴³⁷ Sur ce point, C.F. EDLEY, *ADMINISTRATIVE LAW. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven, 1990, 7.

⁴³⁸ TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, II-121, pt 113 (concentrations).

⁴³⁹ Il est ainsi notable que la Commission a utilisé tout un arsenal d'instruments de nature informels destinés à « autolimiter » son pouvoir discrétionnaire et à garantir plus de sécurité juridique aux intéressés (sur cette pratique, D. RITLENG, *art. cit.*, not. 651-653). De manière plus générale, cela implique de concevoir le pouvoir discrétionnaire non comme un résidu, mais comme « un certain type de réglementation » (en ce sens, C. EISENMANN, *op. cit.*, 304), même si cette réglementation n'est pas nécessairement de nature juridique: tel est notamment l'apport de travaux anglo-saxons de sociologie et de science politique qui ont cherché à repérer les facteurs non juridiques contraignant l'action de l'administrateur dans des contextes empiriques très précis: N. LACEY, *The Jurisprudence of Discretion: Escaping the Legal Paradigm*, in *THE USES OF DISCRETION*, K. Hawkins (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, 361-388; M. ADLER & S. ASQUITH, *Discretion and Power*, in M. Adler & S. Asquith, *DISCRETION AND POWER*, HEB, London, 1981, 9-32.

même d'exercice de l'administration, définie comme un pouvoir d'entreprise au service d'une idée dominante: l'intérêt public. La discrétion est précisément ce mécanisme de détermination positive et progressive de l'intérêt public. Ici se dessine un rapprochement entre l'administration économique et l'entreprise: toutes deux sont à la recherche d'autonomie dans un contexte de complexité élevée. Telle est, déjà, la thèse de J.-C. Vénézia: « il convient de substituer à la conception classique, essentiellement négative, une conception positive du pouvoir discrétionnaire auquel le caractère d'entreprise de l'action de l'administration paraît seul susceptible de fournir un fondement principal adéquat »⁴⁴⁰. Cette conception a connu récemment un nouvel essor⁴⁴¹. Mais ce qui les réunit est depuis longtemps « l'intérêt public », entendu comme méthode d'appréciation et de conciliation de divers intérêts, généraux et particuliers⁴⁴².

146. Il y aurait beaucoup à dire sur cette démarche. Ce qui est important pour notre propos, c'est qu'elle éclaire parfaitement l'action de l'administration communautaire dans les procédures. On aboutit ainsi à une hypothèse audacieuse comme celle de L. Dubouis, d'après laquelle, en droit communautaire, « la nouveauté est que le droit administratif ne serait plus conçu par rapport à la justice administrative, mais par rapport à ce qu'est l'administration. Jusqu'à présent, en effet, nous avons essentiellement considéré le droit administratif comme le droit qu'appliquait le juge administratif et qui légitimait la compétence de ce juge, plus ou moins consciemment, nous continuons à penser le droit administratif plus comme le droit du juge administratif que comme le droit de l'administration. La conversion à laquelle nous incite le droit administratif n'a rien d'un pur jeu intellectuel, rien de simple non plus »⁴⁴³.

147. Quel contrôle, dès lors, imposer à l'usage de ce pouvoir? Tout dépend du niveau auquel on se place. Nous revenons, par là, à notre distinction. Au niveau normatif, on peut considérer que le processus administratif est entièrement voué à la recherche d'une efficacité et d'une rationalité plus grandes: le but, alors, est de « reconsidérer l'importance des valeurs non-juridiques »; même,

⁴⁴⁰ J.-C. VENEZIA, *LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE*, LGDJ, Paris, 1958, 107; en ce sens également, A. HAURIU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *MELANGES R. CARRE DE MALBERG*, Paris, 1933, rééd. Topos Verlag AG/Librairie E. Duchemin, Paris, 1977, 233-240.

⁴⁴¹ Notons, dans cette perspective, l'essor des « gouvernements privés » (*corporate governance*). Les sciences sociales étudient maintenant ces deux entités (« gouvernement administratif » et « gouvernement privé ») comme des variantes du concept « d'organisation ». L'idée d'organisation peut servir à instaurer de véritables échanges entre des disciplines restées longtemps séparées. Un de ces lieux d'échange est précisément l'étude du pouvoir discrétionnaire dont l'organisation publique ou privée peut disposer.

⁴⁴² J.-C. VENEZIA, *op. cit.*, 131. Voir, dans le même sens, M.S. GIANNINI, *DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1993. Cette idée, si elle est difficilement admise en France du fait de l'hégémonie idéologique de l'intérêt général, qui ne supporte pas la concurrence d'autres intérêts (Cf. J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *VARIATIONS AUTOUR DE L'IDEOLOGIE DE L'INTERET GENERAL*, CURAPP, PUF, Paris, 1978, 11-45; en droit économique, D. TRUCHET, *Réflexions sur le droit économique public*, RDP, 1980, 1009-1042). Dans une perspective plus large, J. FREUND, *L'ESSENCE DU POLITIQUE*, Sirey, Paris, 1965, rééd. 1978, 241-242.

⁴⁴³ L. DUBOIS, *Le droit communautaire a-t-il un impact sur la définition du droit administratif?*, AJDA, 20 juin 1996 n° spécial, 108. Cette nouvelle conception, C. HARLOW la range sous les « théories instrumentalistes du droit administratif » en les opposant aux « théories du contrôle » (*European Administrative Law and the Global Change*, EUI, WP RSC, 98/23, 1998). Alors que, il est vrai, jusqu'ici « toute la science française se laisse impressionner par l'unique point de vue du contrôle juridictionnel de l'administration comme étant la dominante principale du droit administratif tout entier » (G. LANGROD, *Procédure administrative et Droit administratif*, RISA, 1956, n° 3, 29).

il est nécessaire « d'opérer un retrait par rapport au droit dans ces domaines »⁴⁴⁴; ne point accorder de droits subjectifs est essentiel: il faut accroître la flexibilité des procédures, pour permettre à l'administration de faire des choix politiques risqués. Au niveau de la gestion individuelle, il faut considérer que l'usage de la discrétion est légitime, pourvu qu'il respecte certaines règles procédurales fondamentales⁴⁴⁵; ces règles ne sont pas destinées à contraindre le pouvoir discrétionnaire, car c'est la voie pour de meilleures décisions⁴⁴⁶. Si, dans le premier cas, l'on parle d'un modèle d'administration « managériale »⁴⁴⁷, alors il faut parler, dans le second, d'un modèle d'administration « juridictionnalisée ».

§ III. LE CONTROLE JURIDICTIONNEL SUR LES PROCEDURES

148. Dans tous les cas, le juge exerce un contrôle limité⁴⁴⁸. Dès l'origine, un contrôle limité est dicté par l'article 33 du traité CECA⁴⁴⁹. Certes, le traité CEE n'a pas repris cette disposition. Mais le contrôle juridictionnel s'est développé sur des bases semblables⁴⁵⁰. Aussi, longtemps, la Cour s'est-elle montrée réticente à entrer dans l'examen minutieux des faits en matière économique⁴⁵¹. Il est vrai que la création du Tribunal de première instance, désormais compétent pour connaître des recours en annulation intentés par les entreprises en premier ressort, a conduit à un certain renforcement du contrôle⁴⁵². L'analyse de la jurisprudence n'en révèle pas moins « l'incontestable

⁴⁴⁴ R. BALDWIN & K. HAWKINS, *Discretionary Justice: Davis Reconsidered*, Public Law, 1984, 570-599.

⁴⁴⁵ En ce sens, D. GALLIGAN, *Pouvoirs discrétionnaires et principe de légalité*, in *POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION ET PROBLEMES DE RESPONSABILITE*, 25ème Colloque de droit européen, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997.

⁴⁴⁶ Cf. C. HARLOW & R. RAWLINGS, *LAW AND ADMINISTRATION*, Butterworths, London, 1997, 100-119.

⁴⁴⁷ P. CRAIG, *op. cit.*, 107.

⁴⁴⁸ Voir, en général, J. SCHWARZE (Hrsg.), *PERSPECTIVES DE DEVELOPPEMENT DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DANS LA COMMUNAUTE EUROPEENNE*, Nomos, Baden-Baden, 1987.

⁴⁴⁹ Après l'énoncé des moyens d'annulation traditionnels (incompétence, violation des formes substantielles, violation d'une règle de droit, détournement de pouvoir), on peut lire: « Toutefois, l'examen de la Cour de justice ne peut porter sur l'appréciation de la situation découlant de faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues lesdites décisions ou recommandations... ».

⁴⁵⁰ Cf. CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. t. XII, 501. Sur cette question, F. RIGAUX, *Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits*, in *MISCELLANEA W.J. Ganshof Van der Meersch*, t. II, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 365-381; B. ASSO, *Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice*, RTDE, 1976, 21-50; J. RIDEAU & J.-M. RAINAUD, *Attitude de la Cour sur le contrôle de l'opportunité économique*, RMC, 1976, 139-172.

⁴⁵¹ En ce sens, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le principe de légalité*, AJDA, n° spécial, 20 juin 1996, 161-167. Ce problème a été vu très tôt par A. Deringer dans son rapport pour le Parlement portant sur le projet de règlement d'application des articles 85 et 86, au point qu'il se demanda si « une instance spéciale » de contrôle entre la Commission et la Cour ne devrait pas être mise en place: sorte d'autorité indépendante destinée au contrôle seulement, et non la régulation comme le suggèrent aujourd'hui des partisans de la création d'une Agence européenne de la concurrence (Cf. Assemblée parlementaire européenne, Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur ayant pour objet la consultation demandée à l'Assemblée parlementaire européenne par le Conseil de la Communauté économique européenne sur un premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité de la C.E.E., M. Avred Deringer (rapporteur), Document de séance, 7 septembre 1961, Document 57, pt 118, 30).

⁴⁵² En ce sens, J. BIANCARELLI & B. GENESTE, *Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridictionnelle des entreprises en droit de la concurrence et des concentrations*, RAE, 1994, n° 4, 23-34. Sur la nécessité pour le juge de s'adapter aux analyses économiques, P. VERLOREN VAN THEMAAT,

volonté du juge communautaire de ne pas entraver l'action communautaire et son souci de ne pas sombrer dans le gouvernement des juges »⁴⁵³. Le renforcement est notable, mais en ce sens il est procédural⁴⁵⁴.

149. De l'analyse de la jurisprudence du Tribunal, il ressort clairement que « dans les cas où la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation, afin de remplir ses fonctions, le respect des garanties procédurales conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale »⁴⁵⁵. Dans ce passage se trouve le dernier état de la jurisprudence communautaire sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration économique. Le contrôle n'est pas tant réduit que transféré. La logique qu'il recèle est la logique qui s'impose peu à peu au droit administratif communautaire: *à l'octroi d'un important pouvoir discrétionnaire de l'administration correspond désormais le respect de garanties procédurales étendues*. On peut la reconstruire schématiquement de la manière suivante. Le pouvoir discrétionnaire est légitime et doit être respecté (i). De la sorte, le contrôle doit être limité (ii). Mais que le contrôle soit limité ne signifie pas qu'un contrôle sévère ne doit pas être exercé: il portera sur le respect des droits de la défense (iii). C'est ainsi qu'on peut comprendre la nouvelle logique du contrôle des actes administratifs en droit communautaire. C'est ainsi que la logique de l'Etat de droit s'adapte au cas d'une administration complexe.

150. D'où vient cette technique de contrôle? On peut se le demander. Il y a tout lieu de croire que « les auteurs des traités ont pris comme point de départ la situation prévalant à l'époque dans les Etats membres originaires »⁴⁵⁶. Cette situation équivaut en réalité à un régime contentieux issu des droits français et allemand: l'ex-article 173 CE ne prévoit pas de différenciation entre actes réglementaires et actes individuels, et les cas d'ouverture des recours sont directement empruntés

L'économie à travers le prisme du juriste, RIDE, 1989, 133-162; sur les limites d'une telle adaptation, voir les conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission* (T-1/89), [1991] II-957.

⁴⁵³ J. RIDEAU ajoute que « cette tendance est manifeste quant au contrôle de l'exactitude des faits qui est rarement exercé par le juge communautaire, très souvent enclin à ne pas utiliser ses larges pouvoirs d'instruction pour vérifier les faits, bien que la création du Tribunal ait encouragé un certain renforcement du contrôle (*DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1999, 737).

⁴⁵⁴ Cela est très bien illustré par l'évolution du contrôle en matière d'antidumping. On a pu penser que la compétence donnée au Tribunal en cette matière à partir du 15 mars 1994 permettrait un contrôle matériel plus poussé (Conclusions de l'avocat général Lenz, 16 mars 1994, dans l'affaire *Gao Yao/Conseil*, 1994: « il est souhaitable d'enquêter de façon plus approfondie sur l'activité des institutions communautaires dans le domaine du droit antidumping (...). On peut faire confiance au Tribunal de première instance, à qui reviendra à l'avenir le traitement de ce contentieux, pour témoigner, dans l'examen de ces affaires, de la même précision dont il a déjà fait preuve dans l'instruction de recours relevant du droit de la concurrence » (I-3175); en ce sens déjà, Conclusions de l'avocat général Verloren Van Themaat, 21 novembre 1984, dans l'affaire *Allied Corporation/Conseil*, [1985] Rec. 1633 et ss.). Mais il n'en fut rien (TPICE, 18 septembre 1995, *Nölle/Conseil et Commission*, T-167/94, II-2589; 28 septembre 1995, *Ferchimex/Conseil*, T-164/94, II-2681). Le Tribunal préfère toujours se placer sur le terrain des procédures, même s'il est vrai que ce contrôle procédural apparaît renforcé (comp. A. TRABUCCHI, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria della concorrenza*, Rivista di diritto civile, 1973, I, 497-520, not. § 9; L. IDOT & J.B. BLAISE, *La jurisprudence du Tribunal de première instance en matière de concurrence*, RMC, 1995, 602-612).

⁴⁵⁵ TPICE, 29 juin 1993, *Asia Motor France e.a./Commission*, T-7/92, pt 34, II-694. Cette formule fut utilisée pour la première fois dans *Technische Universität München*, et depuis maintes fois reprises par la Cour et le Tribunal.

⁴⁵⁶ O. DUE, *Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire*, CDE, 1987, 384.

au droit administratif français⁴⁵⁷; mais il restreint singulièrement, sur le modèle allemand, le droit d'agir des particuliers⁴⁵⁸. La situation paraît donc claire en ce qui concerne l'organisation des recours⁴⁵⁹. Elle l'est moins en ce qui concerne l'intensité du contrôle. Beaucoup voient dans le renforcement du contrôle des procédures l'influence du droit allemand et, surtout, du droit anglais⁴⁶⁰. Ce qu'un juge au Tribunal de première instance nomme « la fonction légalisante des règles de procédure » serait en fait une réaction de techniques juridiques peu représentées dans le système communautaire initial: « moins le contenu d'une décision est légalement prédéterminé par les réglementations applicables (et donc prévisible pour le justiciable et contrôlable par le juge), plus il importe que l'observation des règles de *procédure* puisse être strictement contrôlée, pour éliminer le risque que l'institution compétente ne se comporte de façon arbitraire »⁴⁶¹. Cependant, il ne faudrait pas s'en tenir à des explications, peut-être justes, mais qui, du moins, ne nous laissent pas comprendre pourquoi, au lieu de se livrer à une réévaluation minutieuse des appréciations de fait, le contrôle se concentre tant sur les garanties procédurales que le juge a lui-même contribué à développer⁴⁶². Il est remarquable que dans des domaines hautement techniques et complexes tels que la concurrence, le contrôle des aides, des concentrations, le contrôle anti-dumping, où ne subsistent que « certains aspects périphériques du phénomène juridique »⁴⁶³, ce sont les règles de procédure qui ont pour tâche d'assurer un certain contrôle de la gestion administrative. Ce qui subsiste de la protection de l'administré réside essentiellement dans les formes procédurales.

151. Ce développement ne laisse pas d'interroger. On le voit, il prête à interprétation. Deux hypothèses se proposent. La première considère ce contrôle négativement. Elle y voit encore la tendance naturelle du juge à étendre son contrôle; aussitôt le contrôle juridictionnel apparaît

⁴⁵⁷ Cf. A. DE LAUBADERE, *TRAITS GENERAUX DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Académie de droit international de La Haye. Recueil des Cours, Sijthoff, Leyden, 1964, I, 532-600.

⁴⁵⁸ « Mais faut-il en déduire que le droit français exerce à Luxembourg une influence sans partage? Certainement pas » (Pour une réévaluation de l'influence du droit allemand à l'origine du contentieux communautaire, M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, RTDE, 1966, 47-65).

⁴⁵⁹ Néanmoins des recherches sembleraient bienvenues en ce domaine: v. déjà la voie ouverte par J. ZILLER en matière de contentieux comparé (*La dialectique du contentieux européen: le cas des recours contre les actes normatifs*, in *MELANGES FROMONT*, à paraître, 2000).

⁴⁶⁰ En ce sens, J. SCHWARZE, *The Procedural Guarantees in the Recent Case-Law of the European Court of Justice*, in *INSTITUTIONAL DYNAMICS OF EUROPEAN INTEGRATION. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, 487-496; également J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le principe de légalité*, AJDA, n° spécial, 20 juin 1996, 161-167.

⁴⁶¹ J. AZIZI, *Droits de la défense dans la procédure en matière d'aides d'Etat: le point de vue judiciaire*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, A.E.A., Bruylant, Bruxelles, 1997, 95; en ce sens, J.A. WINTER, *The Rights of Complainants in State Aid Cases: Judicial Review of Commission Decisions Adopted under Article 88 (ex 93) EC*, CMLR, 1999, 521-568.

⁴⁶² Il faut toujours considérer que les juges communautaires, formés à différentes techniques contentieuses, modifient les modèles desquels ils semblent d'inspirer (en ce sens déjà, soulignant fortement la concurrence plutôt que l'harmonie des systèmes dans le cadre d'un nouveau Droit administratif international, P. LEGENDRE, *Histoire de la pensée administrative française*, in *TRAITE DE SCIENCE ADMINISTRATIVE*, Mouton, Paris, La Haye, 1966, not. 69).

⁴⁶³ Voir M.-A. SANSON-HERMITTE, *La notion de source du droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence*, in *LE DROIT DES RELATIONS ECONOMIQUES INTERNATIONALES. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1983, 323.

comme une « intrusion » abusive dans la sphère administrative⁴⁶⁴. La seconde, au contraire, voit ce type de contrôle comme une avancée positive. Il protégerait le pouvoir discrétionnaire. Légimité procédurale et discrétionnalité s'opposent moins que légalité matérielle et discrétionnalité. D'autre part, il accomplirait une action positive en procédant à la redistribution de la charge du dialogue de la juridiction vers l'administration. La création de règles de procédure contribuerait, ainsi, à la construction d'un nouveau mode de « gouvernement administratif »⁴⁶⁵. Cela suppose évidemment de réévaluer le statut des moyens procéduraux. La notion de « vice de procédure », habituellement utilisée pour les appréhender, renvoie une image fragmentaire et technique de ces règles. Elle paraît minimiser singulièrement leur importance. Il faudrait qu'existe en droit communautaire, à côté du fameux « droit au juge », un véritable « droit à la procédure ».

Disons tout de suite que la seconde hypothèse nous paraît la plus riche. Mais il faut rester prudent. Il n'est pas impossible, comme nous allons le voir, que la part d'incertitude soit encore grande sur le sens que le juge entend donner à son propre contrôle sur les procédures.

SECTION III. LE CARACTERE QUASI-JURIDICTIONNEL DE LA PROCEDURE

152. Le droit économique communautaire est-il compatible avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après notée « CEDH »)? La question mérite d'être posée. Elle éclaire la nature de ces procédures. L'article 6 CEDH garantit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi... ». Il n'y a rien d'hasardeux à ce que cette question se soit posée sous une forme aiguë en matière de droit de la concurrence: la Commission possède dans ce cadre un rôle nettement inquisitorial et dispose de pouvoirs répressifs très importants⁴⁶⁶.

153. Les procédures communautaires sont en cours de « juridictionnalisation » (III). Mais ce constat doit être nuancé. Ces procédures sont « quasi-juridictionnelles »; elles demeurent essentiellement administratives (I). De cette nuance découlent d'importantes conséquences pratiques (II).

§ I. LA COMMISSION N'EST PAS UN TRIBUNAL

⁴⁶⁴ En ce sens, M. SHAPIRO, *The Giving Reasons Requirement*, University of Chicago Legal Forum, 1992, 179-220.

⁴⁶⁵ Aux Etats-Unis, sur la relation entre procédure et une « *sound governance* » en matière administrative, C.F. EDLEY, *ADMINISTRATIVE LAW. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven and London, 1990, 213; P.R. VERKUIL, *The Emerging Concept of Administrative Procedure*, CLR, 1978, 258-329.

⁴⁶⁶ Cf. C.D. EHLERMANN, *Community Competition Law Procedures*, in *PROCEDURAL ASPECTS OF EC COMPETITION LAW*, Lord Slynn of Hadley & S.A. Pappas (eds.), Institut européen d'administration publique, Maastricht, 1995, 9-22.

154. Il est un point sur lequel la jurisprudence communautaire n'a jamais transigé: c'est que la Commission est un organe administratif. Dans un arrêt de 1980, la Cour déclara que la Commission « ne saurait être qualifiée de “tribunal” au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »⁴⁶⁷. Organe exécutif chargé d'assurer l'application des traités, elle dispose à cette fin de pouvoirs d'investigation administratifs qui ne sauraient être subordonnés aux règles judiciaires de procédure⁴⁶⁸. Par conséquent, il n'est pas possible de se fonder sur cet article pour « déduire certaines exigences eu égard à une procédure administrative qui relève de la compétence de la Commission »⁴⁶⁹.

155. A vrai dire, cette solution ne lève que très provisoirement la difficulté. Du fait que la Commission n'est pas un « tribunal » au sens de l'article 6 CEDH, il ne suit pas que l'article 6 n'est pas applicable à la procédure communautaire. Cette disposition précise que ces garanties doivent être respectées dans « des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil » ou « toute accusation en matière pénale »⁴⁷⁰. L'élément déterminant est la nature de la procédure en cause, non celle de l'organe qui prend la décision⁴⁷¹. Le caractère administratif de la procédure ne saurait être affirmé comme un dogme à partir du seul fait que la Commission est un organe administratif.

A. Les hésitations de la juridiction communautaire

156. Il est intéressant de comparer sur ce point les conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Orkem* et celles de l'avocat général Vesterdorf dans les affaires du marché de polypropylène. Tous deux se réfèrent à l'arrêt *Öztürk* de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la question portait sur le point de savoir si l'article 6 CEDH est applicable à la décision prise par une autorité allemande d'infliger une amende en matière de circulation routière, suivant une procédure et une sanction qualifiées d'« administratives » par le droit allemand. Face à ce genre de question, la Cour s'efforce de rechercher si la « contravention administrative » commise par le requérant relève ou non de la « matière pénale » telle que la conçoit l'article 6: « A cette fin, elle retient les critères adoptés dans son arrêt Engel [⁴⁷²]: il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat défendeur; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à

⁴⁶⁷ CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, aff. jtes 209 à 215 et 218/78, pt 81, Rec. 3248.

⁴⁶⁸ Sur ce point, v. la position élaborée par J.M. JOSHUA, *Attitudes to Antitrust Enforcement in the EU and the United States: Dodging the Traffic Warden or Respecting the Law*, in *PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE*, B. Hawk (ed.), Sweet & Maxwell, London, 1996, 101-135.

⁴⁶⁹ Conclusions de l'avocat général Reischl dans l'affaire *Van Landewyck/Commission*, [1980] Rec. 3302.

⁴⁷⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer AB*, A n° 159, § 35: pour juger de l'appliquabilité de l'article 6 § 1, il convient avant tout de « savoir si l'affaire concernait une décision sur “un droit de caractère civil” ou sur “une accusation en matière pénale” ».

⁴⁷¹ En ce sens, A. CLAPHAM qui analyse l'arrêt *Van Landewyck* de la CJCE: « *closer examination of the case-law of the Court of Human Rights would have revealed that, if the right in question is a 'civil right' then the Member State is obliged to ensure that recourse can be had to a tribunal; whether the body already carrying out that role is, or is not, a tribunal is irrelevant* » (*HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COMMUNITY: A CRITICAL OVERVIEW*, EUI, Nomos, Baden-Baden, 1991, 58).

⁴⁷² Cour européenne des droits de l'homme, 8 juin 1976, *Engel*, A n° 22, § 82, 34-35.

l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit des Etats contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé »⁴⁷³. Or, il faut conclure de cet examen que, contrairement aux indications que fournit le droit allemand sur la nature administrative de cette contravention, la procédure relève de la matière pénale et de l'article 6.

157. Peut-on pour autant considérer que l'article 6 s'impose dans le cadre des enquêtes administratives menées en matière de concurrence? Telle est, prenant acte de cette jurisprudence à la demande des requérantes, la question posée par l'avocat général Darmon dans l'affaire *Orkem*. Il répond prudemment: « il ne nous apparaît pas d'une implacable évidence qu'il faille donner à l'arrêt *Öztürk* une portée telle que la notion d'"accusé d'une infraction" au sens de la convention s'étendrait aux entreprises au sujet desquels une procédure administrative tend à déterminer si elles ont, ou non, commis une infraction aux règles de concurrence »⁴⁷⁴. Selon l'avocat général, la CEDH examinait une matière « dépenalisée » en Allemagne qui continuait à ressortir du droit pénal dans une large majorité des Etats contractants, tandis que, dans ces mêmes Etats comme dans la Communauté européenne, « le droit de la concurrence est largement administratif et cela, dirons-nous, de façon "originnaire", en ce sens que la matière en cause n'y était pas pénale à l'origine ». C'est pourquoi il n'est « nullement certain que la Cour de Strasbourg tiendrait, à propos des infractions aux règles de concurrence, le même raisonnement que dans l'affaire *Öztürk* ». Mais, n'étant de toute façon pas liée aux organes du Conseil de l'Europe, la « Cour pourrait retenir, à propos de dispositions de la convention, une interprétation qui ne coïnciderait pas exactement avec celle donnée par les organes de Strasbourg ». Reste le fait que « relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes »⁴⁷⁵.

158. Du moins est-ce cette considération qui semble avoir retenu l'attention de l'avocat général Vesterdorf deux ans plus tard. Il relève la « zone de tension (...) entre, d'une part, le cadre formel des affaires, constituée par une procédure administrative suivie d'un contrôle juridictionnel de légalité et, d'autre part, le contenu des affaires qui présente en gros toutes les caractéristiques d'une procédure pénale. Dans certains cas, les plaidoiries des parties ne sont compréhensibles que grâce à la terminologie et aux notions du droit pénal et de la procédure pénale ». Ainsi il est juste de rappeler que « la Commission n'est pas non plus une juridiction au sens où cette notion est employée à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme »; mais, « compte tenu du fait que les amendes qui peuvent être imposées aux entreprises conformément à l'article 15 du Règlement 17/62, malgré le paragraphe 4 de cet article, ont en réalité à notre avis, et compte tenu de l'arrêt *Öztürk* de la Cour européenne des droits de l'homme, un caractère pénal, il est essentiel que le Tribunal s'efforce de garantir une situation qui ne pourrait encourir aucune critique justifiée au regard de la convention européenne

⁴⁷³ Cour européenne des droits de l'homme, 21 février 1984, *Öztürk*, A n° 73, § 50, 18.

⁴⁷⁴ Conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Orkem/Commission* (aff. 374/87), [1989], Rec. 3337.

⁴⁷⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 21 février 1984, *Öztürk*, A n° 73, § 53, 20; v. § 49, 18 et l'ensemble des opinions dissidentes.

des droits de l'homme »⁴⁷⁶. Le principe fondamental des droits de la défense garanti par le droit communautaire peut-il convenir? Avant de le vérifier, il convient de prendre connaissance de la position des organes de Strasbourg sur la même question.

B. Les enseignements de la jurisprudence conventionnelle

159. Dans sa décision du 9 février 1990⁴⁷⁷, la Commission se penche sur l'arrêt rendu par la CJCE en 1983, *Musique Diffusion française*⁴⁷⁸. L'examen concerne la procédure d'exécution de l'arrêt de la CJCE par les autorités allemandes dans l'ordre interne allemand. A cet égard, la Commission rappelle que si « la Convention n'interdit pas à un Etat membre de transférer ses pouvoirs à des organisations internationales », il n'en reste pas moins « qu'un transfert de pouvoirs n'exclut pas nécessairement la responsabilité d'un Etat en vertu de la Convention, lorsqu'il s'agit de l'exercice de pouvoirs transférés⁴⁷⁹. A défaut, les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues sans motif et être ainsi privées de leur caractère contraignant ». La Commission est donc parfaitement compétente pour examiner des procédures et décisions d'organes nationaux agissant sur la base d'un transfert de pouvoirs aux Communautés européennes. Or, le cas des Communautés est particulier: dans cette organisation « les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente »; « le système juridique des CE non seulement reconnaît les droits fondamentaux mais aussi assure le contrôle de leur respect ». Il s'ensuit qu'une requête introduite pour contester un acte national d'exécution d'une décision de la CJCE est « incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention ». En conséquence, la requête est déclarée irrecevable. Néanmoins, elle indique, dans un *obiter dictum* d'importance, se référant explicitement à l'arrêt *Öztürk*, que « dans l'examen de cette question, on admettra que la procédure antitrust en question relèverait de l'article 6 si elle avait été menée par des autorités judiciaires allemandes et non européennes »⁴⁸⁰.

160. Position encore ambiguë: elle sera clarifiée deux ans plus tard dans un avis rendu dans une affaire concernant le droit français de la concurrence, au cours de laquelle une société française s'est vue, en application de l'ordonnance du 30 juin 1945, infliger une amende par le ministre de l'Economie et des Finances⁴⁸¹. Après avoir rappelé les principes qui gouvernent dans la jurisprudence de la Cour la détermination de la « matière pénale »⁴⁸², elle relève un faisceau d'indices: procédure constatant des faits constituant une « infraction », possibilité d'introduire des

⁴⁷⁶ Conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission* (T-1/89), [1991], II-885-886.

⁴⁷⁷ Commission européenne des droits de l'homme, *M. & Co./République Fédérale d'Allemagne*, requête n° 13258/87, Décisions et Rapports, vol. 64, 1990, 146-153.

⁴⁷⁸ CJCE, 7 juin 1983, *S.A. Musique Diffusion française et a./ Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, Rec. 1825.

⁴⁷⁹ Sur ce point, v. P. APRAXINE, *Violation des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des Etats au regard de la Convention européenne*, RTDH, 1995, 13-32.

⁴⁸⁰ Commission européenne des droits de l'homme, *M. & Co./République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 13258/87, Décisions et Rapports, vol. 64, 1990, 152.

⁴⁸¹ Avis de la Commission européenne des droits de l'homme (Arrêt de la Cour du 27 février 1992, *Stenuit/France*, A n° 232).

⁴⁸² Ibid., § 56, 12. Les arrêts de référence sont alors: Cour européenne des droits de l'homme, 8 juin 1976, *Engel*, A n° 22, §§ 80-82, 33-35; 21 février 1984, A n° 73, §§ 48-50, 20-21, *Öztürk*, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, A n° 80, §§ 68-69, 35; 22 mai 1990, *Weber*, A n° 177, §§ 30-35, 17-18.

poursuites pénales, sévérité de la sanction, qui concourent à établir « sans ambiguïté » qu'une affaire de concurrence aboutissant à des sanctions pécuniaires revêt un caractère pénal. Elle précise au reste à cette occasion que rien n'empêche une personne morale de se réclamer des garanties conférées par la Convention, notamment de l'article 6⁴⁸³. Or, il est clair que les observations faites par la Commission dans cette affaire s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la procédure de concurrence du droit communautaire⁴⁸⁴.

161. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu l'occasion d'examiner l'affaire *Stenuit* au fond⁴⁸⁵. Mais, dans un arrêt de 1994 concernant la procédure administrative d'imposition des revenus en France, elle a pu confirmer la position de la Commission. Quatre facteurs lui permettent de considérer que l'article 6 est applicable en l'espèce. Force est de constater que ces facteurs correspondent point par point à la situation du droit économique communautaire⁴⁸⁶.

162. Il subsiste, dès lors, peu de doute quant à l'applicabilité de cet article aux procédures répressives communautaires⁴⁸⁷. L'article 6 s'applique du moment qu'il y a revendication d'un droit et refus opposé par l'administration à cette revendication⁴⁸⁸.

§ II. L'ARTICLE 6 CEDH CONTREDIT-IL LE CUMUL DES FONCTIONS?

163. Cela, chaque partie, à présent, consent à la reconnaître. Mais ce qui partage encore les commentateurs, ce sont les conséquences qu'il convient d'attacher à cette application. Signifie-t-elle que le cadre institutionnel de l'administration communautaire doit être modifié? La scission tripartite (poursuite, instruction, jugement) propre au procès pénal doit-elle être transposée ici⁴⁸⁹?

⁴⁸³ Ibid., § 66, 14-15. Point sur lequel il faudra revenir quand il s'agira de traiter de la protection du domicile des entreprises au cours de l'enquête.

⁴⁸⁴ D. WAELBROECK & D. FOSSELARD, *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge? — The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures*, YEL, 1994, vol. 14, 121.

⁴⁸⁵ En effet, la législation de 1945 avait entre-temps été modifiée par l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, de sorte qu'il n'y avait plus lieu pour la requérante de poursuivre le contentieux.

⁴⁸⁶ Les voici: - la législation en cause concerne « tous les citoyens en leur qualité de contribuables, et non un groupe déterminé doté d'un statut particulier »; de même, la réglementation communautaire toutes les entreprises au sens du droit communautaire, et non un groupe en particulier; - les sanctions « ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais visent pour l'essentiel à punir pour empêcher le réitération d'agissements semblables »; ainsi, le droit économique communautaire entend être dissuasif autant que répressif; - elles se fondent sur « une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif »; les sanctions en droit communautaire reposent, de façon identique, sur des règles générales énoncées dans le traité de Rome; - elles peuvent revêtir « une ampleur considérable »; tel est, on le sait, le cas en droit communautaire.

⁴⁸⁷ En ce sens, L. GOFFIN, *Le droit de ne pas s'incriminer soi-même fait-il partie du droit communautaire?*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, 1001-1018.

⁴⁸⁸ Voir D. WAELBROECK & D. FOSSELARD, *op. cit.*, 124 et la liste des arrêts cités.

⁴⁸⁹ Sur cette notion en droit pénal, C. BERGOIGNAN-ESPER, *LA SEPARATION DES FONCTIONS DE JUSTICE REPRESSIVE*, PUF, Paris, 1973.

D'aucuns le pensent⁴⁹⁰. D'autres le refusent⁴⁹¹. Il est utile, à la lumière des développements de la jurisprudence du Tribunal, d'éclaircir la question.

164. Dans un arrêt du TPICE rendu le 14 mai 1998, les requérantes, invoquant à la fois l'article 6 de la CEDH et les traditions constitutionnelles communes des Etats membres, développent une argumentation classique en deux points⁴⁹². D'abord, « les garanties pénales auraient dû être appliquées à une procédure administrative répressive telle que la procédure devant la Commission »⁴⁹³. Or, le cumul des fonctions d'enquête et de décision au sein la Commission violerait la première de ces garanties, le droit fondamental à un tribunal indépendant et impartial. Ensuite, « la partialité de la Commission pourrait être réparée par la possibilité d'introduire ultérieurement un recours devant une instance juridictionnelle jouissant d'un pouvoir de pleine juridiction »⁴⁹⁴. Or, une telle possibilité ferait défaut en droit communautaire.

165. Arrêtons-nous d'abord sur le second point. Il existe, en effet, une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui déclare: « l'article 6 § 1, s'il consacre "le droit à un tribunal" n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil" à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions. *Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec les droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions*; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe »⁴⁹⁵. Elle précisera à cet égard: « De nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe confient à des juridictions ordinales le soin de statuer sur des infractions disciplinaires. Même quand l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer, une telle attribution n'enfreint pas en soi la Convention. Toutefois, celle-ci commande alors, pour le moins, l'un de deux systèmes suivants: ou bien lesdites juridictions

⁴⁹⁰ Par ex. Parlement européen, *Dix-Neuvième Rapport sur la politique de concurrence*, § 1; K. HOLMES, *The Commission's Procedures: Current Issues*, in *DUE PROCESS AND ANTI-COMPETITIVE PRACTICES*, International Chamber of Commerce, Paris, 1994, 115-124; N. CHARBIT, *Le nouveau mandat du conseiller-auditeur, un pas vers la séparation des fonctions?*, *Gaz. Pal.*, 21 décembre 1995, 1405.

⁴⁹¹ Ainsi Commission des C.E., *Xxème Rapport sur la politique de concurrence*, § 89. De même, « In our 1982 Report, we attached importance to the division of responsibility between investigators and decision makers which then existed within the Competition Directorate of the Commission, DG IV. The Joint Working Party and other witnesses made a powerful case for structural changes which ideally would separate the three functions of detection, prosecution and decision making. We are however not persuaded that structural changes of this kind would be the right way forward... What is essential is that the procedure should be fair and transparent and that there should be the possibility of independent judicial control to guarantee this... We support the use of increased resources to form teams of case handlers for complex investigations. But we do not on balance recommend structural separation of the enforcement functions within the Commission » (House of Lords (Select Committee of the European Community), *Enforcement of Community Competition Rules*, First Report, 1993-94, 37).

⁴⁹² TPICE, 14 mai 1998, *Enso Española/Commission*, T-348/94, II-1875.

⁴⁹³ *Ibid.*, pt 38, II-1895.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, pt 40, II-1896. Pour l'affirmer, elles prétendent s'appuyer sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 octobre 1984, *De Cubber*, A n° 86. Cette référence est erronée: l'affaire concerne une procédure pénale, non administrative. Il est vrai cependant qu'elle fait application de principes dégagés par la Cour dans deux affaires relatives à la procédure administrative, *Le Compte I* et *Le Compte II* (notes suivantes).

⁴⁹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 23 juin 1981, *Le Compte. Van Leuven et De Meyre*, A n° 43, § 51, 23 (à propos de sanctions disciplinaires prises par l'Ordre des médecins belge; nous soulignons).

remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 § 1, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire *de pleine juridiction* présentant, lui, les garanties de cet article »⁴⁹⁶. C'est bien cette condition qui est reprise par les requérantes en l'espèce. Il en irait, en droit communautaire également, de deux choses l'une: soit il y a séparation dès le départ des phases d'instruction et de décision, soit il y a cumul et doit alors être prévu un recours postérieur de pleine juridiction⁴⁹⁷.

166. Mais la première chose à constater, c'est que *la séparation des fonctions n'est pas une condition nécessaire au respect de la CEDH*. Cela résulte de la formulation même de l'alternative. Il nous faut, alors, remanier le premier point, trop simple. Contrairement à ce qu'on avance souvent, la CEDH n'impose pas la « juridictionnalisation » de la procédure administrative. Dans le rapport *Kaplan* adopté le 17 juillet 1980, la Commission européenne des droits de l'homme déclare que l'article 6 § 1 n'est pas applicable à tous les stades du processus administratif; mais là où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'article 6 garantit seulement un droit à un contrôle judiciaire des décisions administratives⁴⁹⁸. La CEDH adopte une approche *matérielle*, non *institutionnelle*: « on analyse la situation effective de la personne qui se trouve en face de l'organe, et ce qui est susceptible de lui arriver; si la décision prise "fait mal" et ne se justifie pas par la réparation d'un préjudice, on appelle cela une sanction et par conséquent, on déclenche l'article 6 »⁴⁹⁹.

167. L'ordre juridique communautaire remplit-il cette exigence? Dans cette affaire, le Tribunal précise qu'il est « une institution indépendante et impartiale » et qu'il dispose du contrôle de légalité (art. 230 CE) et de pleine juridiction (art. 229 CE)⁵⁰⁰. Selon M. Melchior, ancien membre de la Commission européenne des droits de l'homme, « il ne peut *en aucun cas* être déduit de l'article 6 de la Convention que celle-ci exigerait des Etats qu'ils accordent aux juridictions la compétence de "pleine juridiction" au sens littéral de l'expression, c'est-à-dire le pouvoir de prendre à la place de l'administration l'acte annulé pour cause de mauvais usage de ce pouvoir discrétionnaire. En effet, l'usage d'un pouvoir discrétionnaire comporte l'appréciation de considérations d'opportunité et peut traduire une politique de l'administration ou de l'exécutif. Il n'est pas de la nature d'une juridiction de se substituer à l'administration dans de telles considérations d'opportunité (...). Autant il n'est pas exigé de "juridictionnaliser"

⁴⁹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, 10 février 1983, *Albert et Le Compte*, A n° 58, § 29, 16 (enquête de l'Ordre des médecins belge; nous soulignons); également, 23 octobre 1995, *Gradinger*, A n° 328, § 42.

⁴⁹⁷ TPICE, 14 mai 1998, *Enso Española/Commission*, T-348/94, pts 47-48, II-1899.

⁴⁹⁸ Commission européenne des droits de l'homme, 17 juillet 1980, *Kaplan/Royaume-Uni*, Décisions et Rapports n° 21, 39-70, not. §§ 153-162.

⁴⁹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme*, Petites affiches, 10 février 1999, n° 29, 17-20. De manière générale, sur l'application de l'article en droit français à la suite l'arrêt *Oury* rendu par la Cour de cassation à propos de la Commission des opérations de Bourse, O. FLECHEUX, *Libre concurrence et garantie du procès équitable*, Gaz. Pal., 2 décembre 1999, 1-8, J.-F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, AJDA, 1999, 847-859; en dernier lieu, J. RIBS & R. SCHWARTZ, *L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes*, Gaz. Pal., 28-29 juillet 2000, 3-11.

⁵⁰⁰ Pour F. BERROD, ces arguments formels sont une manière pour le Tribunal d'éluder la question (*comm.*, Europe, 1998, n° 230).

l'administration, autant il n'est pas exigé — et même n'apparaît-il pas souhaitable — de transformer le juge en administrateur ou en politique (...). A notre sens, ce qui est exigé par l'article 6, à l'égard des décisions administratives, ce n'est pas de façon générale un recours de pleine juridiction — le terme prête à confusion —, c'est un recours de *pleine légalité* ou un contrôle complet de la légalité »⁵⁰¹. Que pareil recours soit, comme le Tribunal l'a démontré, pleinement assuré en droit communautaire, il paraît difficile de le contester⁵⁰².

§ III. LA « JURIDICTIONNALISATION » DE L'ADMINISTRATION

168. La conclusion à tirer de ces données est double. Rien, semble-t-il, ne permet de conclure de l'application du droit au procès équitable à la nécessité de modifier l'organisation institutionnelle de l'administration communautaire (A). Le « principe de séparation de l'Administration et du juge » est garanti⁵⁰³. Ce qu'une telle application exige en revanche de manière certaine, c'est que les procédures administratives répressives soient encadrées de certaines garanties procédurales⁵⁰⁴ (B).

A. L'organisation interne de la Commission

169. Sans doute, « les garanties procédurales prévues par le droit communautaire n'imposent pas à la Commission de se doter d'une organisation interne empêchant qu'un seul et même fonctionnaire puisse agir dans une même affaire en qualité d'enquêteur et de rapporteur »⁵⁰⁵. Il n'empêche qu'une modification de ces structures paraît souhaitable. Certains efforts ont été accomplis par la Commission pour renforcer, hors de toute obligation légale, l'indépendance de l'institution chargée de la prise de décision.

170. A été créée, à cet effet, la *fonction de conseiller-auditeur*. Initialement prévue pour « assurer le bon déroulement de l'audition et de contribuer par là au caractère objectif tant de l'audition que de la décision ultérieure éventuelle », elle est attribuée à un fonctionnaire « doté d'un pouvoir autonome d'évocation directe auprès du membre de la Commission chargé des

⁵⁰¹ M. MELCHIOR, *La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *PRESENCE DU DROIT PUBLIC ET DES DROITS DE L'HOMME. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruylant, Bruxelles, 1992, 1340-1341, 1345.

⁵⁰² En ce sens, K. LENAERTS & J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, CMLR, 1997, 531-569; TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 719, nep.

⁵⁰³ Sur ce point, au regard du droit français, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. LABAYLE, L. SERMET, *Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme*, RFDA, 1998, 1193-1222.

⁵⁰⁴ « Même si la Commission ne constitue pas un "tribunal" au sens de l'article 6 de la CEDH, et même si les amendes infligées n'ont pas un caractère pénal, il n'en reste pas moins que la Commission est tenue de respecter les principes généraux du droit communautaire au cours de la procédure administrative » (TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 718, nep).

⁵⁰⁵ TPICE, 10 mars 1992, *Shell/Commission*, T-11/89, pt 40, II-782.

questions de concurrence »⁵⁰⁶. Son domaine d'intervention est élargi, en 1990, aux secteurs des transports maritimes et aériens⁵⁰⁷, et, bientôt, au contrôle des concentrations⁵⁰⁸. Son mandat est modifié en 1994, « considérant qu'il est nécessaire d'adapter et de consolider ce mandat en tenant compte de l'évolution du droit communautaire »: en réalité, il s'agit surtout de répondre aux critiques de plus en plus pressantes qui demandent un renforcement du respect des droits de la défense dans les procédures communautaires⁵⁰⁹. Nous reviendrons sur le rôle exact du conseiller-auditeur au cours de la procédure. Sa mission est de veiller « au respect des droits de la défense, tout en tenant compte de la nécessité d'une application efficace des règles de concurrence »⁵¹⁰. Mission de conciliation difficile, peut-être impossible⁵¹¹, mais désormais intégrée⁵¹², et même imposée⁵¹³.

171. Peut-on considérer pour autant qu'il assure le rôle d'un « ombudsman », voire d'un tiers indépendant dans la procédure? Répond-il à son objectif d'assurer non pas seulement le respect du droit d'être entendu mais « l'objectivité générale de la décision de la Commission », et va-t-on ainsi vers une véritable « séparation des fonctions »⁵¹⁴? Il est permis d'en douter. Ce soi-disant « tiers » demeure, « sur le plan administratif, rattaché à la direction générale de la concurrence », le seul élément qui garantisse son indépendance étant « un pouvoir d'évocation directe auprès du membre de la Commission chargé des questions de concurrence »⁵¹⁵. De ce point de vue, comme l'indique L. Idot, « le problème de fond demeure, celui du cumul des fonctions dans une procédure »⁵¹⁶: « on ne saurait nier l'effort (relatif) de la Commission pour introduire plus d'objectivité dans les procédures de concurrence. Mais cet effort même révèle les faiblesses fondamentales de la procédure que les présentes modifications ne sauraient pallier »⁵¹⁷.

⁵⁰⁶ Information relative aux procédures d'application des règles de concurrence des traités CEE et CECA, JOCE 1982, C 251/2, art. 1; *Douzième Rapport sur la politique de concurrence (1982)*, n°36; voir le texte du premier mandat du conseiller-auditeur, in *Treizième Rapport sur la politique de concurrence (1983)*, Annexe, 291-292.

⁵⁰⁷ Commission des C.E., *XXème Rapport sur la politique de concurrence (1990)*, 350.

⁵⁰⁸ Décision de la Commission du 12 décembre 1994 relative au mandat des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures de concurrence devant la Commission (JOCE 1994, L 330/67, art. 1.2).

⁵⁰⁹ Voir not. le *Livre blanc* présenté par l'Association Européenne des Avocats (AEA, *DROITS DE LA DEFENSE ET DROITS DE LA COMMISSION DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1994, 313-382).

⁵¹⁰ Article 2 de la Décision de la Commission du 12 décembre 1994..

⁵¹¹ En tout cas sujette à caution, F. P. LOUIS, *Droits de la défense et efficacité des procédures: l'inconciliable peut-il être concilié?*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 39-47.

⁵¹² Voir l'opinion de J.B. GILCHRIST, Conseiller-auditeur de la DG IV, *Rights of Defence and Access to File*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 29-33.

⁵¹³ L'avocat général Vesterdorf rappelle que, dès lors que la Commission a choisi d'instituer des règles qui vont au-delà des garanties de procédure administrative dont la jurisprudence a exigé le respect ou qui résultent de bases réglementaires écrites, « on peut au moins affirmer qu'elle doit forcément les respecter, et ce même si elle n'était pas juridiquement tenue de se donner ces règles » (Conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission* (T-1/89), [1991], II-889).

⁵¹⁴ N. CHARBIT, *Le nouveau mandat du conseiller-auditeur, un pas vers la séparation des fonctions?*, *Gaz. Pal.*, 21 décembre 1995, 1405.

⁵¹⁵ Article 1 § 3 de la Décision de la Commission du 12 décembre 1994.

⁵¹⁶ L. IDOT, *Le nouveau mandat du conseiller-auditeur. Quelques progrès dans les « procédures concurrence »*, *Europe*, 1995, Chron. n° 2.

⁵¹⁷ N. CHARBIT, *op. cit.*, 1407.

172. Il est vrai qu'on aperçoit tout de suite une autre solution possible du problème: la création d'une *autorité administrative indépendante* chargée des compétences directes de la Communauté en matière économique. Solution suggérée dans le domaine communautaire de la concurrence, elle s'appuie sur les exemples fournis par les systèmes allemand, italien ou français⁵¹⁸. De manière générale, ces organes sont considérés comme la réponse adéquate, sur le plan institutionnel, à la « juridictionnalisation » de l'administration. Leur grand atout serait leur indépendance: à la fois vis-à-vis du pouvoir économique et vis-à-vis du pouvoir politique. Sans doute présentent-ils en plus l'avantage d'une grande souplesse de gestion et d'une large autonomie de décision. Mais, sur le plan strictement procédural, ils n'offrent aucune garantie. Bien qu'autonome, ce n'en est pas moins le même organe qui décide d'ouvrir l'enquête, qui mène l'instruction, et qui prend les décisions⁵¹⁹. Dans ce cas, l'autonomie de l'Administration est un produit de l'organisation et de l'efficacité, non une réponse au cumul des fonctions⁵²⁰.

B. « Le contentieux objectif »

173. Le droit communautaire connaît la distinction entre pouvoir exécutif et pouvoir juridictionnel: la Cour de justice assure, conformément à l'article 220 CE, le respect du droit; la Commission et le Conseil, en vertu de l'article 202 CE, l'exécution du droit communautaire. Ils ont en commun une « fonction contentieuse », mais seulement jusqu'à un certain point.

1. La fonction contentieuse

174. La distinction des deux pouvoirs n'est pas matérielle: ils connaissent des mêmes affaires; elle est formelle. A la suite de Carré de Malberg, Léon Goldenberg énonce deux conditions formelles nécessaires et suffisantes à l'existence d'une juridiction: une condition organique, l'indépendance du juge; une condition procédurale, la collaboration des parties à l'instance⁵²¹. L'indépendance fonctionnelle se distingue de l'organisation hiérarchique du pouvoir administratif; la participation procédurale se distingue de l'autonomie d'action administrative. Si des garanties procédurales sont introduites dans l'activité administrative, ce ne peut donc être que

⁵¹⁸ F. MONTAG, *The Case for a Radical Reform of the Infringement Procedure under Regulation 17*, ECLR, 1996, 428-437; A.J. RIDLEY, *The European Cartel Office: A Guardian Without Weapons?*, ECLR, 1997, 3-16; C.D. EHLERMANN, *Reflections on a European Cartel Office*, CMLR, 1995, 471-486.

⁵¹⁹ En ce sens, J. STEENBERGEN, *Decision-Making in Competition Cases: The Investigator, the Prosecutor and the Judge*, in *CURRENT AND FUTURE PERSPECTIVES ON EC COMPETITION LAW*, L. Gormley (ed.), Kluwer Law International, 1997, 101-108. L'auteur présente trois principes de solution: le modèle inquisitoire actuel, un modèle judiciaire, un modèle d'agence administrative indépendante.

⁵²⁰ De manière générale, S. RIALS, *ADMINISTRATION ET ORGANISATION 1910-1930. De l'organisation de la bataille à la bataille de l'organisation dans l'administration française*, Beauchesne, Paris, 1977, 109; en matière de concurrence, K. VAN MIERT, *The proposal for a European competition agency*, Competition Policy Newsletter, 1996, vol. 2, n° 2, 1-4. Le commissaire chargé de la politique de la concurrence évoque les avantages de cette création en ce qui concerne l'indépendance et l'efficacité de la politique menée, mais juge le moment inopportun, au vu des enjeux politiques existants.

⁵²¹ L. GOLDENBERG, *LE CONSEIL D'ETAT, JUGE DU FAIT. Etude sur l'administration des juges*, Librairie Dalloz, Paris, 1932, 376-380. Dans le même sens, C. EISENMANN note qu'« il existe donc une procédure juridictionnelle très caractéristique. Elle ne se rencontre pas en matière d'action de l'Administration » (*op. cit.*, t. I, 108).

par « compensation » à l'extension et au renforcement du pouvoir de l'administration dans certains domaines touchant l'individu⁵²². Seule une « dérogation » autorise à parler de « juridictionnalisation » de l'administration⁵²³.

175. Mais sur quelle base s'opère une telle « juridictionnalisation »? Il faut considérer que la fonction juridictionnelle comporte plusieurs aspects: « la fonction juridictionnelle, définie sur la base de critères juridiques restrictifs, n'est en fait qu'une modalité possible d'exercice d'une fonction plus large, qui peut être assurée également par des organes purement administratifs ». Cette fonction plus large, J. Chevallier la nomme « fonction contentieuse »⁵²⁴. L'idée est que le contentieux consiste à constater les atteintes au droit existant⁵²⁵, et que cette constatation, étant indépendante de la fonction juridictionnelle, est transposable à l'administration.

176. La constatation est, en effet, un critère plus large et plus adéquat que celui de contestation, adopté par nombre d'auteurs et par la lettre de la CEDH. Sans doute, il est « impossible d'ignorer la caractère de "contestations" de la procédure instaurée par le Règlement 17 » en matière de concurrence, car « le climat dans lequel interviennent les décisions apparaît suffisamment dans certains détails, tel l'emploi révélateur du terme "grief" »⁵²⁶. Mais d'autres situations ne comportant pas cet élément conduisent pourtant la Commission à procéder à la vérification de situations juridiques qui peuvent, à elles seules, se heurter à un refus ou à une résistance⁵²⁷. Dans toutes ces situations, l'administration exerce une « fonction quasi-juridictionnelle » de nature contentieuse, qui justifie l'introduction de garanties de procédure⁵²⁸. La procédure administrative suppose, au même titre que le contentieux judiciaire, « un conflit de prétentions » juridiques⁵²⁹.

177. Remarquons que, sous ce rapport, la juridictionnalisation de l'administration devient indépendante de toute forme particulière d'organisation. Des deux éléments définissant la

⁵²² C. CAMBIER, *PRINCIPES DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Larcier, Bruxelles, 1961, t. I, 34-35; également B. JEANNEAU, *LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE*, Sirey, Paris, 1954, 79.

⁵²³ Cf. M. CAPPELLETTI & D. TALLON (dir.), *FUNDAMENTAL GUARANTEES OF THE PARTIES IN CIVIL LITIGATION*, Giuffrè, Milano, 1973, « Summary of Discussions » (781-790).

⁵²⁴ J. CHEVALLIER, *Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle*, in *MELANGES STASSINOPOULOS*, LGDJ, Paris, 1974, 276.

⁵²⁵ En ce sens, J. VINCENT & S. GINCHARD, *PROCEDURE CIVILE*, Précis Dalloz, Paris, 20ème éd., 1981 (voir les références utilisées par ces auteurs, et notamment aux écrits de G. Jèze, dont ils s'inspirent).

⁵²⁶ F.-C. JEANTET, *Les droits de la défense devant la Commission de la Communauté Economique Européenne dans le contentieux de la concurrence*, JCP, 1963, I-1785.

⁵²⁷ C'est le cas pour l'exemption ou l'attestation négative en matière de concurrence, pour des déclarations d'incompatibilité en matière d'aides ou de concentrations.

⁵²⁸ Les auteurs anglo-saxons sont mieux placés pour saisir ce caractère. T.C. HARTLEY a qualifié ces procédures de « quasi-judicial », ajoutant que, même si la jurisprudence n'utilise pas cette notion, « it has become increasingly clear that it is not possible to make sense of the cases unless one adopts some such notion » (*The FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Clarendon Press, Oxford, 3rd ed., 1994, 369, 378). En droit anglais, un organisme exerce une activité juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle dès lors qu'il peut prendre des décisions susceptibles de porter atteinte aux droits des individus: telle est la solution dégagée en 1963 par la Chambre des Lords dans la célèbre affaire *Ridge v. Baldwin*. Voir également E. WYMEERSCH, *La fonction quasi-juridictionnelle*, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1982, 214-226.

⁵²⁹ Jean CARBONNIER définit ainsi la matière contentieuse (*DROIT CIVIL*, PUF, Paris, 1987, t. I, 231).

juridiction selon Goldenberg, la fonction contentieuse ne conserve que le second, l'élément procédural. L'élément organique, l'intervention d'un organe pouvant être qualifié de tribunal, disparaît⁵³⁰. Soyons plus précis: c'est parce qu'il y a atteinte à une situation juridique qu'il doit y avoir procédure contradictoire⁵³¹; c'est parce qu'il y a procédure que l'indépendance et la séparation des fonctions est souhaitable. La procédure contradictoire est un élément nécessaire⁵³²; mais l'indépendance n'est qu'un élément contingent de la fonction contentieuse: ce caractère n'est propre qu'à la procédure judiciaire. L'analyse de la jurisprudence de la Cour semble confirmer cette analyse⁵³³.

2. L'intérêt objectif

178. Or, même contentieuse, la fonction administrative n'est juridictionnelle qu'en apparence: tant son organisation que sa procédure restent soumises aux nécessités de cette fonction. C'est pourquoi il ne faut pas craindre de dire que *le contentieux administratif se distingue encore du contentieux judiciaire par son caractère « objectif »*. Un contentieux est dit « objectif » plutôt que subjectif lorsque l'impératif de la règle invoquée a pour bénéficiaire l'ordre public plutôt qu'une prétention individuelle⁵³⁴. La notion est apparue en France pour qualifier le recours pour excès de pouvoir. C'est l'idée de « procès fait à un acte » qui est au centre de toutes les conceptions et de toutes caractéristiques de ce type de recours⁵³⁵; ce ne serait pas un litige entre parties égales, mais entre un individu et une décision revêtue du sceau de l'intérêt général; partie à l'instance et partie au procès ne devaient pas être confondues⁵³⁶. La raison en est que l'Administration ne peut (et ne veut) être considérée comme une simple partie⁵³⁷. L'enjeu est clairement l'application des droits de la défense. Si le recours pour excès de pouvoir est un procès objectif et qu'il n'y a pas de parties, alors il ne peut non plus y avoir de débats contradictoires⁵³⁸. Il n'en est plus de même

⁵³⁰ En ce sens, J. CHEVALLIER, *op. cit.*, 287; également, du même auteur, *Réflexions sur l'arrêt « Cadot »*, Droits, 1989, 79-91.

⁵³¹ Cf. G. JELLINEK: « la constatation qui constitue le fondement même de toute juridiction présuppose une procédure déterminée » (*System der subjektive offentlichem Recht*, Fribourg, 1892, 22, cité par L. Goldenberg, *op. cit.*, 380).

⁵³² La constatation contentieuse implique la « contestabilité » des éléments de fait et de droit sur lesquels cette constatation repose (sur cette notion, M.-A. FRISON-ROCHE, *GENERALITES SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE (Droit processuel)*, Thèse Droit, Paris II, 1988).

⁵³³ En application de l'article 234, la Cour définit bien la juridiction comme « une autorité qui a la qualité de tiers par rapport à celle faisant l'objet du recours » (CJCE, 30 mars 1993, *Corbiau*, C-24/92, pt 15, I-1304 (1277)). Si le critère d'indépendance est donc déterminant, en revanche elle ne considère pas l'exigence d'une procédure contradictoire comme un « critère absolu » pour qualifier les organes juridictionnels au sens de l'article 234 CE (CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, pt 31, I-4994).

⁵³⁴ H. MOTULSKY, *DROIT PROCESSUEL*, Montchrestien, Paris, 1973, en part. 8-13.

⁵³⁵ Précisons que la première conception à être soutenue a été celle du caractère subjectif du recours. Mais elle fut vite abandonnée. Pour plus de détails, M.-J. REDOR, *DE L'ETAT LEGAL A L'ETAT DE DROIT. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, P.U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1992, 192 et ss.

⁵³⁶ P. LOUIS-LUCAS, *Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction*, Dalloz, 1957, Chron., 115-120. Et il ajoute : « Sans doute le Conseil d'Etat demeure-t-il attaché au caractère contradictoire du recours (...); mais la portée de cette position de principe se trouve assez réduite à raison de la nature inquisitoire du procès administratif » (118).

⁵³⁷ Cf. B. KRONPROBST, *LA NOTION DE PARTIE ET LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR*, LGDJ, Paris, 1959; J.-P. COLSON, *L'OFFICE DU JUGE ET LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, LGDJ, Paris, 1970.

⁵³⁸ Cf. N. QUOC DIHN, *L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir*, RDP, 1946, 402.

aujourd'hui: si le litige met bien en jeu un intérêt qui dépasse les simples intérêts privés, « il n'en reste pas moins que l'instance, elle, met en présence des personnes déterminées qui débattent entre elles en qualité de partie »⁵³⁹.

179. Conclusion parfaitement transposable en matière non contentieuse: administration et administrés doivent être considérés comme des égaux en cas de litige. *Il subsiste toutefois cette différence entre les deux cas que, dans la procédure administrative, le contentieux porte d'abord sur l'atteinte à une situation objective, au lieu que, dans la procédure judiciaire, il porte principalement sur l'atteinte à une situation subjective.* Ce n'est pas précisément la présence de l'intérêt public qui fait une différence: l'impératif de l'intérêt public commande aussi toute l'activité juridictionnelle⁵⁴⁰. Mais la teneur de cet intérêt n'est pas identique dans les deux cas: ici c'est la justice, et là l'ordre public économique. Il faut revenir à cette division fondamentale, car elle indique un rapport différent à la règle de droit: « C'est donc la solution d'une question de droit qui rentre essentiellement dans la mission du juge, qui la caractérise (...). Sans doute, l'administrateur est, lui aussi, obligé de se conformer à la règle de droit dans les diverses manifestations de son activité; mais, comme le dit très justement Duguit, la solution de la question de droit n'apparaît dans l'acte d'administration que *comme un moyen et non comme une fin* »⁵⁴¹. Voilà une formulation qui éclaire parfaitement la position de la jurisprudence communautaire dans toutes ces affaires: « il y a lieu de rappeler qu'à la différence du juge civil, dont la vocation est de sauvegarder les *droits subjectifs* des personnes privées dans leurs relations réciproques, une autorité administrative doit agir dans *l'intérêt public* », à savoir « l'intérêt communautaire »⁵⁴². Au « contentieux des droits subjectifs » s'oppose le « contentieux objectif »⁵⁴³.

180. Cette distinction emporte de nombreuses conséquences pratiques⁵⁴⁴. Elle concerne également l'introduction des garanties de procédure. *A la racine même de cette*

⁵³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *GENERALITES SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE (Droit processuel)*, Thèse Droit, Paris II, 1988, 64.

⁵⁴⁰ L. GOLDENBERG, *op. cit.*, 375; O.M. FISS, *The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice*, HLR, 1979, 1-58.

⁵⁴¹ J. VINCENT & S. GINCHARD, *op. cit.*, 109, n. 3, qui citent Morel citant Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, t. II, 424). Voy., dans le même sens, J. RIVERO, *DROIT ADMINISTRATIF*, Dalloz, Paris, 13ème éd., 1990, 14-15.

⁵⁴² CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC/Commission*, C-170/89, pt 25, I-5742; TPICE, 18 septembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, II-2223, pt 85.

⁵⁴³ F. RIGAU'X, *INTRODUCTION A LA SCIENCE DU DROIT*, Ed. Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, 171.

⁵⁴⁴ On en retiendra trois principales: 1° On justifie ainsi le pouvoir d'opportunité dont jouit la Commission dans le déclenchement des procédures: l'administration est « active », à la différence de la juridiction qui peut être dite « passive » (v. en général C. CAMBIER, *op. cit.*, 38); 2° Il en résulte également que les particuliers n'ont pas devant l'autorité administrative le pouvoir de « tirer des conséquences civiles de la constatation d'une pratique anticoncurrentielle et [de] prononcer des dommages-intérêts ou la nullité du contrat... la demande a uniquement pour objectif le rétablissement de l'ordre public économique troublé par les comportements dénoncés » (D. BARTHE, *op. cit.*, 30); 3° Notons enfin qu'une confusion est possible, dans le cadre des articles 81 et 82 notamment, du fait que le traité a laissé le soin de faire respecter ces règles d'une part à la Commission, d'autre part aux autorités nationales qui tranchent les litiges sur la base des règles de la procédure judiciaire nationale (Cf. Conclusions de l'avocat général Gulmann dans l'affaire *Otto/Postbank* (C-60/92), [1993] I-5705). Cette confusion est regrettable lorsque le juge communautaire, entendant favoriser la subsidiarité et le renvoi aux juridictions nationales, feint d'ignorer la distinction entre autorités spécialisées (contentieux objectif) et

juridictionnalisation, deux éléments apparemment contradictoires coexistent: un élément objectif, dominant, l'intérêt de la Communauté économique, et un élément subjectif, la protection individuelle, composante essentielle de toute procédure. Comment les concilier? Là est toute la question. Ce sera l'objet du chapitre suivant.

juridictions de droit commun nationales (contentieux subjectif), alors que « non seulement le rôle de chaque catégorie est tout à fait différent (défense de l'intérêt général et protection du marché dans le premier cas; règlement d'un litige entre particuliers dans le second), mais que, de plus, six autorités nationales sont encore dépourvues de toute possibilité d'appliquer le droit communautaire! » (L. IDOT, *comm.*, Europe, 2000, n° 50).

Chapitre III

LA SIGNIFICATION DE LA PROTECTION PROCEDURALE

181. La spécificité du déroulement de la procédure administrative non contentieuse par rapport à l'instruction juridictionnelle est double, notée par Gerando dès 1822. D'abord, « dans l'ordre judiciaire, l'instruction et l'enquête ont uniquement pour but de reconnaître ou de constater des faits passés ou présents (...), mais, dans l'ordre administratif, il s'agit, en outre, et surtout, de prévoir ». La procédure administrative doit être instrumentale et rationnelle. Ensuite, « relativement aux faits eux-mêmes, l'ordre judiciaire a encore cet avantage qu'il ne reconnaît comme faits que ceux qui sont constatés dans la forme légale (...), dans l'ordre administratif, au contraire, l'exactitude réelle des faits importe bien plus que la forme sous laquelle ils se produisent; disons mieux, c'est précisément parce que tous les faits importent qu'il est nécessaire de les recevoir et de les découvrir par toutes les voies et sous toutes les formes (...). Le droit ne peut s'asseoir que sur des titres expressément déterminés par la loi. L'utilité doit se déduire de toutes les circonstances que peut saisir et méditer un esprit sage »⁵⁴⁵. La procédure administrative est investigatrice et factuelle⁵⁴⁶. En résumé, elle est essentiellement « *rationalisation factuelle* »⁵⁴⁷.

182. Ceci explique qu'on ait pu parfois considérer « l'administration » comme l'antithèse, ou, du moins, comme un ordre séparé du « droit »⁵⁴⁸. Ce qui est vrai, c'est que le modèle administratif est, à la différence du modèle judiciaire, « rationnel, investigateur, hiérarchique, et complexe »⁵⁴⁹. La procédure administrative est, selon l'excellente formule de S. Cassese, « *le profil dynamique de l'organisation* »⁵⁵⁰. C'est un mode d'organisation de la décision, avant d'être un mode de résolution des conflits. Il en résulte deux conséquences: une protection procédurale incomplète et ambivalente.

SECTION I. UNE PROTECTION INCOMPLETE

⁵⁴⁵ GERANDO, *DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE. De la 16ème livraison de la revue Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, t. IV, 1822, 5-6.

⁵⁴⁶ D.J. GALLIGAN note deux points similaires: *Rights, Discretion and Procedures*, in *LAW, RIGHTS AND THE WELFARE STATE*, C.J.G. Sampford & D.J. Galligan (eds.), Croom Helm Ltd, 1986, 138-139; v. également J.L. MASHAW, *DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE*, Yale University Press, New Haven, 1985, 224 et ss.

⁵⁴⁷ Ainsi N. LUHMANN définit-il plus largement l'administration (*Theorie der Verwaltungswissenschaft: Bestandsaufnahme und Entwurf*, Grote, Köln, 1966, 25), cité par J. CLAM, *DROIT ET SOCIÉTÉ CHEZ NIKLAS LUHMANN. La contingence des normes*, PUF, Paris, 1997, 42.

⁵⁴⁸ Cf. J. ALLISON, *The Procedural Reason for Judicial Restraint*, Public Law, 1994, 452-473; L. LOPEZ-RODO, *La procédure administrative non contentieuse*, RDP, 1980, 607-628.

⁵⁴⁹ J.L. MASHAW, *BUREAUCRATIC JUSTICE. Managing Social Security Disability Claims*, Yale University Press, New Haven, 1983, 172.

⁵⁵⁰ S. CASSESE, *LE BASI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Einaudi, Torino, 1989, 224; également F. FIGORILLI, *IL CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. Dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, 252-256.

183. Dans le domaine administratif, les garanties organiques du procès disparaissent. D'abord, on l'a vu, il n'existe pas ici d'*indépendance* au sens de l'article 6 § 1 CEDH⁵⁵¹. Seul, un *principe de collégialité* régit le fonctionnement de la Commission⁵⁵². Ce principe, qui découle de l'article 17 du traité de fusion⁵⁵³ auquel se substitue l'article 219 CE⁵⁵⁴, n'empêche pas que la Commission puisse habilitier ses membres à prendre des décisions en son nom⁵⁵⁵, pour répondre à « la nécessité d'assurer la capacité de fonctionnement de l'organe de décision »⁵⁵⁶. Encore ce système ne peut-il viser que les mesures d'*instruction*, préalables à la décision définitive⁵⁵⁷. Les décisions *essentielles* exigent le respect du principe⁵⁵⁸.

184. Ensuite, il n'y a pas d'*impartialité organique*, organisant les incompatibilités, les interdictions, les incapacités et, surtout, ouvrant aux plaideurs un droit de récusation⁵⁵⁹. Nous verrons qu'il existe seulement un principe « d'impartialité procédurale », conçu comme une obligation de procéder à un examen objectif, soigné et complet de l'affaire dont l'autorité administrative a la charge.

185. Enfin, on peut penser que « la procédure contradictoire ne trouve véritablement sa pleine signification que si elle se déroule devant un *tiers désintéressé*, en ce sens qu'il n'est pas considéré comme lié à l'une des parties, mais comme devant être au contraire en position d'impartialité, d'arbitre impartial entre elles, impartial relativement aux cas qui lui sont soumis »⁵⁶⁰. De ce fait, le genre de *contradiction* que la procédure administrative organise est limité: elle « a lieu dans le cours de l'information elle-même », et non dans l'examen final de la décision, comme en matière judiciaire⁵⁶¹. Ainsi, on a pu justifier un développement restreint des

⁵⁵¹ Cf. R. KOERING-JOULIN, *La notion européenne de "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 par.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, RSCDP, 1990, 765-774.

⁵⁵² Sur le principe de collégialité juridictionnelle en droit français, T. RENOUX, *LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L'AUTORITE JUDICIAIRE. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, P.U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1984, 443 et ss. L'auteur signale que ce principe, bien qu'essentiel, n'a pas reçu explicitement de valeur constitutionnelle, omission peut-être justifiée par un impératif pratique de rapidité de la justice.

⁵⁵³ JOCE 1967, 152/2.

⁵⁵⁴ « Les délibérations de la Commission sont acquises à la majorité du nombre des membres prévu à l'article 213. La Commission ne peut siéger valablement que si le nombre de membres fixés dans son règlement intérieur est présent ».

⁵⁵⁵ Au sujet d'une communication des griefs, CJCE, 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB/Commission*, aff. jtes 43 et 63/82, Rec. 19; au sujet d'une vérification sur mandat dans le cadre de l'application des art. 81 et 82, CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 5/85, Rec. 2585.

⁵⁵⁶ CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 5/85, Rec. 2585, pt 37. Max WEBER rappelle que partout l'on constate un affaiblissement de la collégialité, car elle « amoindrit inévitablement la rapidité des décisions... » (*ECONOMIE ET SOCIETE*, trad. collective, Librairie Plon, Paris, 1971, 284-288).

⁵⁵⁷ Cf. conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Commission/BASF e.a.*, [1994] I-2592 et ss.

⁵⁵⁸ Telles que les décisions constatant une infraction: CJCE, 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, C-137/92 P, pts 63 à 78, I-2650-2653; TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA/Commission*, T-31/91 et T-32/91, II-1823-1827; TPICE, 29 juin 1995, *ICI plc/Commission*, T-37/91, II-1901.

⁵⁵⁹ Cf. H. SOLUS & R. PERROT, *DROIT JUDICIAIRE PRIVE*, Sirey, Paris, 1961, t. I, §§ 775 et ss..

⁵⁶⁰ C. EISENMANN, *La justice dans l'Etat*, in *LA JUSTICE*, Centre de science politique de l'Institut d'Etudes juridiques de Nice, PUF, Paris, 1961, 21; dans le même sens, M.-A. FRISON-ROCHE, *La procédure injuste*, in *DE L'INJUSTE AU JUSTE*, M.-A. Frison-Roche & W. Baranès (dir.), Dalloz, Paris, 1997, 77-87.

⁵⁶¹ GERANDO, *DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE. De la 16ème livraison de la revue Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, t. IV, 1822, 21.

droits de la défense dans la procédure administrative⁵⁶². Mais cette justification demeure fragile. Une autre difficulté est plus sérieuse.

SECTION II. UNE PROTECTION AMBIVALENTE

186. *Il est remarquable que la poussée de la régulation économique complexe provoque un retour à la tension la plus simple, qui est la tension même de tout ordre administratif en voie de constitution.* Gît, au fond de toute pensée juridique de l'administration, une tension, susceptible de prendre des formes variées, entre efficacité et légitimité, objectif et subjectif⁵⁶³, nécessité technique et protection juridique⁵⁶⁴, objectifs généraux et droits individuels⁵⁶⁵, *lex et iura*⁵⁶⁶. Déjà une rapide enquête dans l'histoire du droit administratif en témoigne. Dès l'origine, il est admis que la raison d'être du droit administratif est d'ajouter à l'efficacité politique, facteur exclusif de la philosophie administrative à l'époque de l'"Etat de droit", le facteur juridique permettant « l'intégration relative de l'administration dans la société libérale »⁵⁶⁷. Mais, tout de suite, il y a « le danger que l'accent mis sur l'aspect juridique fasse disparaître l'élément d'efficacité, non plus seulement politique, mais technique (*administrative management*) »⁵⁶⁸. Par la suite, les problèmes cardinaux du droit administratif et de la science administrative se rejoindront dans une interrogation sur la possibilité de réconcilier ces deux pôles⁵⁶⁹. On peut le dire avec Georges Vedel: « l'on admettra, selon l'opinion courante, que la valeur d'un corps de règles juridiques destinées à régir la vie de l'Administration et les rapports de celle-ci avec les citoyens se mesure par les deux critères de l'efficacité de l'action administrative et de la garantie des droits, des libertés et des intérêts des administrés »⁵⁷⁰. Les études sur la procédure administrative communautaire sont pétries de formules analogues: elles partent du « conflit entre d'une part la mission communautaire, en tout digne d'être protégée, et d'autre part, la nécessité que soient

⁵⁶² Voir les conclusions de l'avocat général Gand dans l'affaire ACF *Chemiefarma/Commission* (aff. 41-69), [1970] Rec. 710. En général, D.H. CLARK, *Natural Justice*, Public Law, 1975, 27-63.

⁵⁶³ G. FRUG, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, IILR, 1984, Vol. 97, 1276-1387.

⁵⁶⁴ G. LANGROD, *Procédure administrative et Droit administratif*, RISA, 1956, n°3, 8.

⁵⁶⁵ R. DWORKIN, *Principle, policy, procedure*, in *CRIME, PROOF AND PUNISHMENT. Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, London, 1981, 193-225.

⁵⁶⁶ T. HOBBS, *THE ELEMENTS OF LAW NATURAL & POLITICS*, Cambridge, University Press, 1928, 148.

⁵⁶⁷ J.M. BRETON, *L'Etat et la légalité. Contribution à une dialectique de la démocratie*, RDP, 1997, 206. Il faut se reporter à G. JELLINEK qui fait état de la naissance du droit administratif en France, en Allemagne, en Italie, en Angleterre, dans les termes suivants: « Dans ces derniers temps l'administration publique, comme la justice, est devenue, pour les publicistes, l'objet d'une discipline particulière. Mais la raison n'en est pas la même que pour la justice. Pendant longtemps, l'activité administrative de l'Etat ne présentait qu'un faible intérêt juridique; les recherches dont elle était l'objet s'inspiraient du *principe de l'utilité, non de celui du droit*. A mesure que la législation se développait sur le domaine administratif par suite de l'établissement des gouvernements constitutionnels, et surtout depuis que l'administration était soumise aux règles d'un véritable *contrôle juridique*, le caractère juridique de l'activité administrative s'est toujours davantage accusé, tandis que s'accusait aussi une manière toute juridique d'envisager cette activité » (*L'ETAT MODERNE ET SON DROIT*, trad. de l'allemand par G. Fardis, Giard & Brière, Paris, 1913, Deuxième Partie, *Théorie juridique de l'Etat*, 10-11; nous soulignons).

⁵⁶⁸ G. LANGROD, *Procédure administrative et Droit administratif*, RISA, 1956, n°3, 8.

⁵⁶⁹ Cf. P. LEGENDRE, *Histoire de la pensée administrative française*, in *TRAITE DE SCIENCE ADMINISTRATIVE*, Mouton & Co., Paris, La Haye, 1966, 5-79; J. CHEVALLIER et D. LOSCHAK, *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'Administration française*, RFAP, 1982, 53-94.

*respectés les droits fondamentaux de tous ceux qui sont soumis au pouvoir communautaire »*⁵⁷¹. Mais, ainsi vaguement formulée, on croit facilement que la tension est simple, qu'elle se contente de retrouver des solutions connues. A lui restituer son contexte propre, il apparaît que le problème qui se pose est autrement complexe.

187. D'un côté, le système administratif communautaire est soumis à un impératif d'efficacité de plus en plus difficile à satisfaire. Impératif qui découle non seulement d'un critère d'efficacité administrative⁵⁷², normalement requis au sein de toute administration moderne⁵⁷³, mais auquel s'ajoutent les exigences résultant de sa mission économique, dont le fondement est, « non pas, en amont, l'Etat et sa volonté, mais, en aval, le marché et son *effectivité* »⁵⁷⁴. Or, l'administration communautaire se heurte dans le même temps à un ensemble de résistances très organisées, non seulement de la part de grandes organisations économiques qui ne craignent pas les sanctions⁵⁷⁵, mais également de la part des autorités administratives nationales, à l'égard desquelles elle dépend sans posséder de pouvoir hiérarchique⁵⁷⁶. D'un autre côté, le système administratif, en tant que "puissance publique" soumise à l'Etat de droit, doit sans cesse s'efforcer de réactiver ce projet ancien: « utiliser le pouvoir public, qui est premièrement domination, pour en retirer une sorte de sous-produit qui sera le service rendu au public » (Hauriou), qui sera « protection du citoyen contre l'arbitraire » (Wade).

188. Dans le schéma traditionnel, la contradiction était résolue par un arrangement institutionnel simple: l'Administration considérée comme le simple exécutant de volontés législative et judiciaire, qui d'une part s'imposent directement aux individus — ce qui la rend efficace, qui d'autre part lie l'Administration à la procédure démocratique — ce qui la rend légitime. Maintenant, l'ordre administratif communautaire s'autonomise, c'est un fait. Mais les enjeux demeurent. *Dans un contexte pluraliste et polycentrique, l'administration récupère*

⁵⁷⁰ G. VEDEL, *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?*, EDCE, 1979-1980, n° 31, Paris, 32.

⁵⁷¹ A. PLIAKOS, *La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission des Communautés européennes: une issue heureuse?*, RTDE, 1995, 450.

⁵⁷² Cf. J.-M. JOSHUA, *The Powers of the Commission: Efficiency and Swiftmess in Investigate Procedures*, in AEA, *DROITS DE LA DEFENSE ET DROITS DE LA COMMISSION DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1994.

⁵⁷³ Pour deux études aux postulats opposés, Cf. J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK, *SCIENCE ADMINISTRATIVE*, LGDJ, Paris, 1978, t. II, « *Le culte de l'efficacité* » (616 et ss.); P. SELF, *AN ENQUIRY INTO THE STRUCTURE AND PROCESSES OF MODERN GOVERNMENT*, George Allen and Unwin, London, 3rd ed., 1982, « *The Meanings of Administrative Efficiency* » (261-276).

⁵⁷⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence*, Petites affiches, 17 mai 1995, n° 59. C'est que « ce droit public de la concurrence tire, logiquement, ses modèles du marché et de l'entreprise » (J. CAILLOSSE, *Le droit administratif français saisi par la concurrence?*, AJDA, 2000, 102). C'est ainsi qu'il s'attache « à des notions sociologiques, comme l'efficacité, l'effectivité, à la croisée de la notion économique d'efficience » (F. TERRE & M.-A. FRISON-ROCHE, *Présentation*, L'Année sociologique, 1999, 49, n° 2, 283-284).

⁵⁷⁵ « Accordingly, lawyers have reduced their expectations as to the effectiveness of legislation. They know that not only the formulation, but also the transposition of economic law is being influenced by well-organised actors » (C. JOERGES, *Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration*, ELJ, 1996, 125).

⁵⁷⁶ Cf. J. RIDEAU, *Le système communautaire et le modèle européen d'administration publique*, AEAP, Vol. X, 1987, 292.

*naturellement la fonction contentieuse qui était la sienne avant la construction de l'Etat moderne*⁵⁷⁷. Au niveau communautaire, elle y est sans doute aidée par le contexte institutionnel⁵⁷⁸. Dès lors, un passage de la *distinction institutionnelle* classique à une *distinction procédurale*, qui sépare, au sein même de la procédure, efficacité et légitimité, s'avère nécessaire. Les enjeux de la juridictionnalisation exigent la tenue d'un point de vue « interne » à l'action administrative⁵⁷⁹.

189. La tension ne disparaît donc pas, elle se déplace sur la procédure. On peut en donner une première approximation à travers la *distinction du processuel et du procédural*. Parfois il peut y avoir confusion terminologique entre les deux éléments. Mais « *chaque question processuelle est la transcription en termes de procès d'une défense de positions subjectives (...). Au contraire, chaque question procédurale peut être conçue principalement comme la transcription d'une question de bon exercice de la fonction confiée au sujet agissant dans le procès, eu égard aux buts qu'il s'est fixé. Une procédure et un droit procédural existent là où ils contribuent à la poursuite des fins assignées à ce sujet (...). Alors qu'il est impossible, par nature, de déroger au droit processuel, il n'en va certainement pas de même du droit procédural. Etant donné la soumission fonctionnelle de la procédure à l'intérêt confié au sujet du procès, il arrive que l'on admette une dérogation lorsque, concrètement, il y a contradiction entre la fin et les moyens* »⁵⁸⁰. Au processuel correspond une conception subjective, au procédural une conception objective.

190. Que le droit administratif communautaire se situe précisément dans les lignes de tension entre les exigences « objectives » de la régulation et les exigences « subjectives » de la protection individuelle, cela n'est rien de nouveau. Seulement, en droit économique, il devient évident qu'on ne peut aller loin dans les deux directions à la fois. Dans certaines situations concrètes, il faudra choisir. Faut-il considérer le droit administratif communautaire comme un droit processuel attaché à la défense subjective des individus, comme un droit procédural attaché exclusivement à la défense de l'ordre public économique, ou comme un droit mixte, *sui generis*, fût-il « *molto sui generis* »⁵⁸¹?

⁵⁷⁷ Sur ce point, lire les analyses remarquables de L. MANNORI, *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in *MAGISTRATI E POTERE NELLA STORIA EUROPEA*, R. Romanelli (ed.), il Mulino, Bologna, 1997, 39-65.

⁵⁷⁸ Rien peut-être ne favorisa plus l'émergence d'une administration juridictionnalisée que l'idée du « fédéralisme exécutif » qui n'accordait à l'administration supranationale qu'une place très réduite. A cet égard, on n'a pas assez remarqué la proximité de l'administration communautaire avec la culture juridique anglo-américaine, si éloigné du modèle continental. Comme elle ne disposait pas d'espace propre pour se développer, la croissance de l'Administration anglo-saxonne dut prendre la forme « judiciaire » ou « quasi-judiciaire », seule forme connue d'application du droit (Cf. L. MANNORI, *op. cit.*, 39-65). Sous cette forme sont nées aussi les agences administratives américaines, forme de « régulation quasi-juridictionnelle », qui est devenue « à bien des égards le modèle de référence », bien qu'elle soit « profondément ancré dans le contexte américain » (H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE, *Les institutions de la régulation des marchés: étude de quelques modèles de référence*, RIDE, 1999, 11-30).

⁵⁷⁹ En ce sens, dans le contexte américain, J.L. MASHAW, *BUREAUCRATIC JUSTICE. Managing Social Security Disability Claims*, Yale University Press, New Haven, 1983, 9-10.

⁵⁸⁰ G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *GUIDIZIO "A QUO" E PRIMOVIAMENTO DEL PROCESSO COSTITUZIONALE*, Corte Costituzionale (ed.), Giuffrè Editore, Milano, 108-109.

⁵⁸¹ D'après G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 120, dans une étude portant sur le droit processuel constitutionnel italien (sur lequel, R. RICCI, *LE PROCES CONSTITUTIONNEL EN ITALIE. L'élaboration d'un droit processuel constitutionnel*, P.U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1996).

Restent à éclaircir deux points avant de répondre à cette question: rechercher le fondement des garanties procédurales en droit communautaire, examiner le contenu des garanties consacrées. Tel sera précisément l'objet du titre suivant, portant sur la réalisation des garanties de procédure.

Titre II

LA REALISATION DES GARANTIES PROCEDURALES

191. Trois exigences essentielles sont liées dans la notion du formalisme procédural: le droit d'être entendu, le droit d'information, l'obligation de motivation⁵⁸². On peut étudier selon deux méthodes le régime de ces garanties. La première, la plus pratiquée, les envisage isolément. Elle s'attache à décrire le régime propre à l'une d'entre elles. La seconde les envisage dans leur ensemble, mais limite l'analyse à l'une des branches du droit communautaire. Dans des matières complexes, ces travaux de spécialistes sont particulièrement indispensables. Mais elles soulèvent des débats que leur brièveté ne permet pas de trancher. Il ne semble pas qu'elles suffisent à l'éclaircissement de la dynamique procédurale décrite dans la partie précédente.

192. Il est légitime, en effet, d'essayer de replacer ces garanties dans l'évolution générale du droit communautaire. On ne fait ainsi que retrouver la démarche du juge. Il s'efforce d'interpréter les textes existants dans un esprit général. Il dégage, à travers les variations que peuvent avoir subies les textes, un principe commun et non écrit: le principe général des droits de la défense. C'est là sans doute l'originalité de la matière: l'existence d'une « autorité »⁵⁸³ qui a une fonction d'application et d'interprétation, mais aussi de réception et de mise en ordre des sources procédurales.

193. Avec l'aide de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal et le concours de la Commission, les droits procéduraux sont maintenant entrés dans une « phase de maturation »⁵⁸⁴. Une telle méthode a permis de donner au droit d'être entendu un fondement sûr et étendu (I), de faire progresser le droit d'information (II), de faire subir à la motivation une véritable inflation (III). Elle n'exclut pas les régressions et les contradictions. Mais elle permet de retrouver, à travers tous ces cas, l'extension continue d'une exigence de protection.

⁵⁸² Voy. CJCE, 1er juillet 1964, *Degreeff/Commission*, aff. 80/63, Rec. 796-797. Dans cette affaire, le requérant avance à l'appui de son moyen tiré des droits de la défense le premier catalogue cohérent des garanties procédurales que le droit administratif communautaire a pour tâche de protéger: communication préalable, droit d'être entendu, motivation (Rec. 780-781). Il est vrai que l'obligation de motivation n'entre pas dans la définition stricte des droits de la défense dégagés par la Cour de justice. Mais cette présentation traduit déjà une intention: celle d'étudier ces trois garanties essentielles de procédure comme un ensemble logique et chronologique indissociable (en ce sens, H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *MELANGES PAUL ROUBIER*, t. II, Librairies Dalloz & Sirey, Paris 1961, 175-200).

⁵⁸³ Sur la définition du juge comme « autorité », J. CARBONNIER, *DROIT CIVIL, Les Personnes*, PUF, Paris, 14ème éd., 1982, 159 et ss.

⁵⁸⁴ L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 121-146.

Chapitre I

LE FONDEMENT DU DROIT D'ÊTRE ENTENDU

194. Un principe général n'est pas une sorte de donnée préalable au travail d'interprétation du juge. Ce n'est pas une donnée tombée du Ciel des notions juridiques. Elle suppose au contraire un travail lent, par sédiments successifs, de construction, où plusieurs interprétations s'affrontent. Il faudrait ici une recherche historique et sémantique. On se contentera de suivre ce processus de construction (I).

195. Suivre cette méthode offre deux prolongements. D'une part, elle permet d'observer la manière dont la Cour de justice fait circuler par voie d'*analogie* et d'*enrichissement mutuel* les garanties d'une branche à l'autre du système juridique communautaire. Mais il n'y a pas seulement circulation de ces droits entre différents secteurs; il y a aussi des *divergences d'interprétation* qui tiennent à la spécificité de ces procédures: on touche ainsi aux *résistances* et aux *limites* d'extension du principe (II). Au terme de ce parcours, il sera possible de remonter au droit d'être entendu et d'en décrire le contenu (III).

SECTION I. LE PRINCIPE GENERAL DES DROITS DE LA DEFENSE

196. Revenir à la question: « *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?* »⁵⁸⁵ paraîtra inutile, tant il est vrai que ces principes ont fait l'objet d'études abondantes et fructueuses⁵⁸⁶. Pourtant, on continue d'employer une seule notion pour qualifier des normes très différentes. Il faudrait mettre sur chaque espèce de principes des noms différents. La variété des formes que chacun d'eux est susceptible de prendre rend — il est vrai — la tâche difficile.

197. A côté des « *principes structurels du droit communautaire* »⁵⁸⁷, qui constituent une sorte de projection normative de l'état futur du Marché commun⁵⁸⁸, il existe des « principes inhérents à

⁵⁸⁵ D. SIMON, *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?*, Droits, n° 14, 1991, 73-86.

⁵⁸⁶ Voir J. RIDEAU, *DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, LGDJ, Paris, 2ème éd., 1996, 144-146 et les références citées.

⁵⁸⁷ Voir, par exemple, CJCE, 5 mai 1981, *Commission/Royaume-Uni*, aff. 804/79, Rec. 1074, pt 23. On en connaît deux sortes. Les premiers trouvent leur source dans le corps même des traités constitutifs. Il s'agit des principes de nature économique tels que le principe de non-discrimination, de libre circulation, de libre concurrence et d'unité du marché commun (pour les détails, P. PESCATORE, *THE LAW OF INTEGRATION*, Sijthoff, Leyden, 1974, 88). Les seconds sont implicites dans les traités. Ils font partie intégrante de la constitution de la Communauté, en sorte que la violation de ces principes affecterait « jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire »: ainsi des principes d'autonomie, de respect de la répartition des compétences, de l'effet direct, de l'uniformité et de la primauté du droit communautaire (sur la construction prétorienne de ces principes par la Cour de justice, R. DEHOUSSE, *LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, Montchrestien, Paris, 1994).

⁵⁸⁸ Leur construction obéit à une méthode « conséquentialiste » (N. MACCORMICK, *On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin*, NYULR, 1983, Vol. 58, 246 et ss.). Ils expriment l'unité idéale de l'intégration économique et du Marché commun. Pour les distinguer des principes juridiques au sens classique,

la Communauté de droit » et les droits fondamentaux⁵⁸⁹. Cette distinction est théorique⁵⁹⁰ : en fait, un même principe est susceptible d'appartenir à plusieurs genres⁵⁹¹. Tel semble bien le cas du principe des droits de la défense.

§ I. L'EMERGENCE DU PRINCIPE EN DROIT COMMUNAUTAIRE

198. On cherchera d'une part à identifier la *ratio legis* de ce principe, d'autre part à déceler les premières difficultés d'interprétation auxquelles il donne lieu. En matière administrative, le principe des droits de la défense a suivi une lente et laborieuse progression.

A. Un principe issu de « la nature des choses » ?

199. C'est un fait notable, qu'on trouve dans toutes les doctrines nationales, qui semble avoir valeur d'« axiome », que les droits de la défense traduiraient simplement « des exigences de la technique ou du commerce juridique »⁵⁹². Le droit d'être entendu serait « vieux comme le monde », observe Marcel Waline⁵⁹³. Le jugement du docteur Bentley, recteur à Cambridge, rendu en 1723 en Angleterre, synthétiserait la sagesse accumulée de générations de juristes, qui nous dirait : « c'est une loi aussi bien divine qu'humaine qui donne à chaque partie le droit de se défendre... Dieu n'a pas décidé du sort d'Adam avant de lui demander de se défendre. Dieu a dit : " Adam, pourquoi as-tu péché ? As-tu mangé le fruit de l'arbre défendu ou non ? " »⁵⁹⁴. Appliqué au premier couple de la création, ce droit, consacré par Dieu lui-même, serait inhérent à la nature humaine. Il serait possible, dès lors, d'en trouver des traces partout : ici, mais là, chez les « groupes primitifs », dans « une très ancienne légende javanaise... en ce lointain Orient », et

on parlera de « standards » (A. VERNARDOS, *The Objectives of the EEC as standards of the European Community Law*, RRJ, 1988, 954-960). De nature téléologique, ils « doivent inspirer ou orienter des secteurs entiers des normes » (G. ROBLES MORCHON, *La Cour de justice des Communautés européennes et les principes généraux du droit*, EUI, WP 1988, 88/350, 26).

⁵⁸⁹ Voir, sur ces principes, en général H. G. SCHERMERS & D. WAELBROECK, *JUDICIAL PROTECTION IN THE EUROPEAN COMMUNITY*, Kluwer, Deventer, 4th ed., 1987.

⁵⁹⁰ Cette distinction entre valeurs, principes ou droits fondamentaux, et principes structurels d'organisation politique est issue de la théorie constitutionnelle américaine (Cf. R. DWORKIN, *Controverse constitutionnelle*, Pouvoirs, 1991, n° 59, 5-16). Il est significatif de la voir apparaître, sous une forme nouvelle, dans le droit communautaire au niveau supranational. En ce sens, P. PESCATORE mentionne, parmi les principes de structure, « le principe de séparation des pouvoirs ; la prohibition des délégations de pouvoir ; le principe du double degré des juridictions ; le principe de la "supranationalité" dans les récents Traités européens » (*INTRODUCTION A LA SCIENCE DU DROIT*, Centre Universitaire de l'Etat, Luxembourg, 1960, réimp. 1978, 119).

⁵⁹¹ Le principe d'égalité en droit communautaire est topique, car il remplit une double fonction : fonction structurelle de protection de l'intérêt général communautaire et fonction de protection du citoyen communautaire (pour une étude approfondie de cette ambivalence et des conséquences pratiques qu'il convient d'en tirer, K. LENAERTS, *L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe aux apparences multiples*, CDE, 1991, 3-39).

⁵⁹² J. BOULOUIS & R.M. CHEVALLIER, *GRANDS ARRETS DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES*, Dalloz, Paris, 5ème éd., 1991, 80.

⁵⁹³ M. WALINE, *Le principe audi alteram partem*, Livre Jubilaire du Conseil d'Etat du Luxembourg, 1957, 495.

⁵⁹⁴ Cf. H.H. MARSHALL, *Natural Justice*, London, 1959, 17-18 ; WADE-PHILIPS, *Constitutional Law*, 3rd ed., London, 1946, 276 ; G. LANGROD, *Procédure administrative et droit administratif*, RISA, 1956, 77 : « God did not remove Adam from Eden without first calling upon him to make his defense. Adam (says God) where are you ? Hast thou not eaten of the tree... ».

toujours: dans un vers d'Euripide, au sein de l'Ecriture Sainte, et jusque dans les jugements du Conseil d'Etat français ou hellénique!⁵⁹⁵. Et de prévenir: sans ce droit, « on aurait la “justice du cadí”, qui se frappe la poitrine et prononce: “c’est ainsi!” »⁵⁹⁶. L'idée même de Droit voudrait qu'il en soit ainsi: que soit assuré le droit au droit⁵⁹⁷. Les droits de la défense seraient une sorte d'« universel juridique » au sens où les linguistes parlent d'« universels du langage », en ce qu'ils appartiendraient nécessairement à tout ordonnancement juridique. Pourquoi en serait-il autrement en droit communautaire? Si les droits de la défense ont connu une telle fortune jurisprudentielle, au point d'avoir été élevés au rang de *principe fondamental du droit communautaire*, c'est simplement parce qu'ils feraient partie de « tout système de droit organisé »⁵⁹⁸.

200. Tel est du moins ce que suggère l'arrêt *SNUPAT* du 22 mars 1961⁵⁹⁹. Dans cette affaire, le principe des droits de la défense n'est pas évoqué en tant que tel. Il n'intervient qu'à titre implicite et incident. La Cour avait à se prononcer sur le bien-fondé d'un argument invoqué par une partie intervenante au procès, laquelle s'appuyait sur une pièce dite « confidentielle » dont elle déclarait « avoir des scrupules sérieux à en révéler le contenu à la requérante ainsi qu'à la partie intervenante, qui sont ses concurrentes ». La Cour jugea que, dans la mesure où cette partie invoquait une pièce à l'appui de son allégation, c'est à elle qu'il incombait de la communiquer aux autres parties. Il n'appartenait pas à la Cour, en tout état de cause, de prendre l'initiative d'ordonner la production d'éléments en possession d'une partie afin de prouver les allégations de celle-ci. Dès lors que la communication n'avait pas été effectuée, il n'y avait pas lieu, conclut-elle, de tenir compte de cet argument. En préambule, elle rappela que « *ce serait violer un principe élémentaire du droit que de baser une décision judiciaire sur des faits et documents dont les parties elles-mêmes, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont pas été en mesure de prendre position* »⁶⁰⁰. Sur quel fondement repose une telle affirmation? C'est une croyance, puisée dans une « *idée du droit ou de la nature des choses* »⁶⁰¹. Cet attendu célèbre a cependant une portée limitée: la proclamation, bien que d'allure « axiomatique », ne concernait que l'instance des procédures juridictionnelles⁶⁰².

⁵⁹⁵ Sur cette édifiante énumération, M. STASSINOPOULOS, *LES DROITS DE LA DEFENSE DEVANT LES AUTORITES ADMINISTRATIVES*, LGDJ, Paris, 1976, 50 à 53.

⁵⁹⁶ Ibid., 53, note 21.

⁵⁹⁷ Cf. J.-M. VARAUT, *LE DROIT AU DROIT. Pour un libéralisme institutionnel*, PUF, Paris, 1986, 126 et ss; M. CAPPELLETTI, *LE POUVOIR DES JUGES* (trad. R. David), Economica, Paris, 1990, 70 et ss (sur la bonne administration de la justice).

⁵⁹⁸ J. BOULOUIS & R.M. CHEVALLIER, *op. cit.*, 1991, 80. En droit administratif français, on a tendance à ranger les droits de la défense dans les « principes de technique juridique » par opposition aux « principes de philosophie politique » inspirés de la tradition libérale (par exemple, B. GENEVOIS, *Les principes généraux du droit (Aspects de droit administratif)*, RIDC, n° spécial, vol. 2, 1980, 286 et ss). Dans ce sens, les principes procéduraux demeureraient beaucoup plus liés au droit positif que les principes de droit matériel (J.-P. CHAUDET, *LES PRINCIPES GENERAUX DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1967, 163).

⁵⁹⁹ CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT/Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 42 et 49/59, Rec. 103; voir l'attitude quelque peu différente de l'avocat général Lagrange, qui tire argument d'un « contrat, qui n'est pas connu mais dont l'existence est certaine » (Rec. 189).

⁶⁰⁰ Ibid., Rec. 156-157.

⁶⁰¹ C. W. CANARIS, *op. cit.*, 165, 172, 175. Dans ce cas, G. RIPERT parle du « maintien de l'ordre essentiel », à savoir l'ordre juridique (*LES FORCES CREATRICES DU DROIT*, LGDJ, Paris, 2ème éd., 1955, rééd. 1994, 345). J. CARBONNIER parle de la « tradition juridique » (*op. cit.*, § 29).

⁶⁰² Sur la « nature axiomatique » de ce principe, R.-E. PAPADOPOULOU, *PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ET DROIT COMMUNAUTAIRE. Origines et concrétisation*, Sakkoulas - Athènes, Bruylant - Bruxelles, 1996, 168.

Peut-être vérifiée en matière juridictionnelle⁶⁰³, une telle conception ne résiste pas à l'analyse en matière administrative. La consécration apparaît moins logique et plus contrastée⁶⁰⁴.

B. Une transposition contrastée

201. Le principe va-t-il passer, tout naturellement, de la procédure juridictionnelle à la procédure administrative? Si l'on examine de près les méthodes qui ont présidé à l'élaboration du principe dans les deux domaines, on s'aperçoit qu'elles sont fort distinctes. L'apparition du principe, loin de reposer sur une homologie, au sein de l'ordre juridique communautaire, entre procédure *judiciaire* et procédure *administrative*, s'inspire directement des *droits administratifs nationaux*. La jurisprudence fit d'ailleurs preuve de quelques hésitations.

202. Le premier arrêt intéressant de la Cour en matière administrative date de 1963. L'affaire porte sur une procédure de *licenciement* d'un agent contractuel communautaire, M. Alvis. Saisie d'un moyen tendant à établir une violation du droit de présenter sa défense, la Cour déclare, dans deux attendus introductifs, « que, selon une règle généralement admise par le droit administratif en vigueur dans les Etats membres de la Communauté économique européenne, les administrations de ceux-ci doivent mettre leurs préposés en mesure de répondre aux faits incriminés, préalablement à toute décision disciplinaire prise à leur égard » et « que cette règle, qui répond aux exigences d'une saine justice et d'une *bonne administration*, doit être suivie par les organismes communautaires »⁶⁰⁵. De portée tout à fait générale, ces attendus constituent la première allusion à la méthode du droit comparé dans la construction du principe communautaire des droits de la défense. Mais c'est aussi une première déconvenue: le manquement, établi, de la part du Conseil à cette règle, ne saurait constituer une cause d'annulation de la décision, ni non plus justifier l'allocation de dommages-intérêts; il faudra se contenter, pour dédommager le requérant de ses efforts pour obtenir (en vain) le respect d'une procédure contradictoire, d'une répartition des frais de justice!⁶⁰⁶

203. Le contentieux qui donnera lieu à une incorporation définitive de ce principe dans le droit de la fonction publique communautaire est celui de la *titularisation*. Ces affaires concernent le

⁶⁰³ Le principe des droits de la défense constituerait ainsi le critère même de l'existence du juge (H. BUCH, *A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs*, in *MISCELLANEA W.J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH*, t. III, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 429). Rappelons cependant que, pour la Cour, il ne constitue pas de critère absolu de qualification d'une juridiction au sens de l'article 234 CE.

⁶⁰⁴ Comp., analysant le recours à ce principe en droit belge, P. GERARD, *DROIT, EGALITE ET IDEOLOGIE. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981, 191-204.

⁶⁰⁵ CJCE, 4 juillet 1963, *Alvis/Conseil*, aff. 32/62, Rec. 114 (nous soulignons). La « règle » est appelée « principe » à l'attendu suivant, mais cela ne change guère son statut.

⁶⁰⁶ Dans la mesure en effet où la Cour reconnaît que le requérant a dû, pour s'exprimer et bénéficier de la procédure contradictoire à laquelle il a droit, intenter un recours en justice! Outre le caractère contradictoire de sa décision, la Cour commet une confusion entre procédures juridictionnelle et administrative (Rec. 115); tout aussi étonnantes sont les conclusions de l'avocat général Lagrange qui, bien que reconnaissant l'existence d'un « principe général du droit », dénie l'application de ce principe pour un agent non statutaire, simple contractuel... (Rec. 124-125).



refus d'intégration des requérants en qualité de fonctionnaires titulaires de la Communauté. Dans une première affaire, le requérant, M. Leroy, invoque les principes généraux du droit: non les droits de la défense, mais l'intérêt des fonctionnaires à la stabilité de leur emploi, d'où découlerait le respect du contradictoire⁶⁰⁷. Dans son arrêt, si la Cour reconnaît le droit de l'intéressé à être entendu, elle le rapporte au seul statut des fonctionnaires CECA, et juge par suite que, dans la mesure où il a été mis en mesure de présenter ses observations, la procédure ne saurait être considérée comme irrégulière, quand bien même il y a eu défaut de communication de certains documents⁶⁰⁸. Que la commission d'intégration assure avoir « examiné l'ensemble du dossier et recueilli, en cas de besoin, tant auprès des chefs de service que de l'intéressé lui-même, ou de tout autre manière qui a pu lui être utile, tous éléments complémentaires d'appréciation de nature à lui permettre de se former *une opinion vraiment éclairée* », une telle circonstance suffit à assurer le caractère contradictoire « inhérent à une telle procédure »⁶⁰⁹. C'est la conclusion de l'avocat général Lagrange; mais c'est aussi le fond de la jurisprudence de la Cour.

204. Bien différentes sont les conclusions de l'avocat général Roemer dans des affaires pourtant en tous points semblables. Sa position est arrêtée, l'année suivante, dans l'affaire *Huber*. La question décisive, selon lui, est de savoir si tous les éléments et toutes les informations susceptibles d'avoir une influence sur l'affaire en cause ont été pris en compte par l'administration et si l'intéressé a été mis en mesure de présenter ses observations sur lesdits éléments⁶¹⁰. Dès lors que l'on ne respecte pas ce droit, on prend le risque que ses observations aient pu influencer le jugement de la commission administrative. D'après la Cour, la question est différente: elle est seulement de savoir si les auditions non communiquées des requérants ont *effectivement* modifié les conclusions de la commission administrative.

205. En se plaçant délibérément à des points de vue si différents, on obtient des réponses opposées. Selon l'avocat général Roemer, « tant qu'il reste le moindre doute sur ce point, force nous est de constater l'irrégularité de la procédure d'intégration »⁶¹¹, et « il reste comme seule solution d'annuler les actes pris sans respecter les règles nécessaires de procédure et de renvoyer l'affaire à l'exécutif pour décision à prendre »⁶¹². Selon la Cour, « le fait que le requérant n'a pas reçu communication du procès-verbal de l'audition des personnes entendues par ladite commission et qu'il n'a pas été entendu lui-même, une nouvelle fois, après cette audition, n'est pas de nature à affecter la régularité de la procédure suivie, ces auditions n'ayant en rien modifié les conclusions du rapport de ses supérieurs hiérarchiques, que la commission d'intégration a faites siennes »⁶¹³. Pour l'avocat général, il suffit que l'intéressé n'ait pas été entendu sur certains éléments de l'affaire, que « les principes nécessaires de la procédure » aient été violés, pour que la décision soit annulée. Pour la Cour, il faut encore que ces éléments soient matériellement

⁶⁰⁷ CJCE, 5 décembre 1963, *Leroy/Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 35/62 et 16/63, Rec. 410.

⁶⁰⁸ Ibid., Rec. 416-417.

⁶⁰⁹ Ibid., Rec. 428, 426.

⁶¹⁰ Cf. Conclusions de l'avocat général Roemer, 10 juin 1964 (aff. 78/63), Rec. 761-763.

⁶¹¹ Conclusions de l'avocat général Roemer, 10 juin 1964 (aff. 26/63), Rec. 715.

⁶¹² Conclusions de l'avocat général Roemer (aff. 78/63), Rec. 763.

⁶¹³ CJCE (deuxième chambre), 1er juillet 1964, *Huber/Commission*, aff. 78/63, Rec. 743; CJCE (deuxième chambre), 1er juillet 1964, *Pistoj/Commission*, aff. 28/63, Rec. 698-699.

favorables au requérant; la décision ne peut être annulée sur des moyens uniquement procéduraux⁶¹⁴.

206. Il y a là une divergence de vue qui mérite d'être notée: *une conception finaliste (la Cour) et une conception formaliste (son avocat général) s'opposent*⁶¹⁵. On voit déjà que, au-delà de la reconnaissance formelle, le contenu d'un principe, et les conséquences pratiques qu'il convient d'en tirer, restent toujours sujettes à interprétation.

§ II. L'INTRODUCTION DU PRINCIPE EN DROIT ECONOMIQUE

207. On peut considérer que « les véritables “déclarations de principe” dans cette matière ne sont intervenues que dans les années 70, dans deux arrêts rendus dans le domaine de la concurrence »⁶¹⁶. En 1966, la Cour estimait encore que, s'agissant d'une procédure “non juridictionnelle”, l'administration économique n'était pas tenue de respecter des garanties procédurales⁶¹⁷.

208. Le principe des droits de la défense existe dans la plupart des systèmes nationaux de l'Union avec le statut de « principe à valeur constitutionnelle »⁶¹⁸. Mais la légitimité extérieure de règles juridiques, fussent-elles fondamentales, ne peut passer *sponte sua* pour des principes valides en droit communautaire. Aussi, la Cour a pris l'habitude d'utiliser le procédé du droit comparé, « *non pas pour incorporer du droit national comme tel au droit communautaire, mais pour utiliser ce droit comme moyen de découvrir un principe non écrit du droit communautaire* »⁶¹⁹.

209. De manière générale, la Cour a eu recours, pour adopter cette nouvelle source de légalité que sont les principes généraux du droit, à l'article 288 alinéa 2 CE, mais en l'étendant à tous les domaines où elle a jugé utile de construire un système de principes propres à l'ordre juridique communautaire. La comparaison dans l'élaboration des principes généraux du communautaire est « plus pragmatique que scientifique »⁶²⁰. Cette *démarche pragmatique* a permis à la Cour d'affiner sans cesse les principes qu'elle tire des droits nationaux. L'élaboration du principe implique une *adaptation*: son extension, mais aussi ses limites.

⁶¹⁴ Ainsi que le confirme la Cour (deuxième chambre), 1er juillet 1964, *Degreeff/Commission*, aff. 80/63, Rec. 796-797. La Cour reprend, dans les années suivantes, cette jurisprudence en matière de titularisation comme en matière disciplinaire, en même temps qu'elle accueille le moyen du « respect des principes fondamentaux du droit de la procédure » (CJCE, 11 juillet 1968, *Van Eick/Commission*, aff. 35/67, Rec. 501) ou celui de « la protection des droits de la défense » (CJCE, 28 mai 1970, *Lacroix/Commission*, aff. 30/68, pt 25, Rec. 312).

⁶¹⁵ En ce sens, T. TRIDIMAS, *THE GENERAL PRINCIPLES OF EC LAW*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 244-245.

⁶¹⁶ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, 169.

⁶¹⁷ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten-Grundig*, aff. 56 et 58/64, Rec. 492.

⁶¹⁸ Cf. J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, London, 1992, 1245-1315.

⁶¹⁹ Conclusions de l'avocat général Slynn dans l'affaire *AM & S* (aff. 155/79), [1982] Rec. 1649.

⁶²⁰ L.-J. CONSTANTINESCO, *TRAITE DE DROIT COMPARÉ. La méthode comparative*, t. II, LGDJ, Paris, 1974, 352.

A. La consécration

210. Elle repose sur une analogie et, plus généralement, sur une comparaison.

1. L'analogie

211. La consécration d'une règle générale protégeant les droits de la défense date d'un arrêt de 1974⁶²¹. Le *Transocean Marine Paint Association* est une association d'entreprises productrices de peintures marines. En 1967, la Commission lui accordait une exemption au titre de l'article 85 § 3 [81 § 3] sous l'obligation de tenir la Commission informée de toute modification intervenant dans la composition de l'Association. En 1973, la Commission décidait de reconduire l'exemption en la subordonnant toutefois à de nouvelles obligations⁶²².

212. La question était de savoir si la Commission avait une obligation en droit d'informer clairement les requérantes de ses intentions. Mais à cette question les dispositions invoquées par les requérantes ne pouvaient répondre, parce que le Règlement 99/63 ne concerne que les « griefs » qui peuvent entraîner un refus d'exemption, et non les « conditions et charges » dont la Commission assortit une décision d'exemption. Dans cette affaire, c'est l'avocat général qui, de sa propre initiative, souleva la question d'un principe non écrit : « Dans certains de nos pays, il est une règle inscrite dans le droit et qui veut qu'avant de faire usage d'une compétence légale au préjudice d'un particulier, l'autorité administrative qui en est la détentrice doit en général entendre ce que cette personne peut dire sur la question, et cela quand bien même la loi ne l'exigerait pas expressément... »⁶²³. Après un examen comparatif, il conclut que la règle s'applique à l'espèce en cause⁶²⁴. Selon la Cour : « il ressort, tant de la procédure d'audition et de son objet, que des articles 5, 6 et 7 du règlement n° 99/63, que celui-ci fait, même en dehors des cas spécifiquement visés par les articles 2 et 4, application de la *règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être en mesure de faire connaître utilement leur point de vue* »⁶²⁵.

⁶²¹ CJCE, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association/Commission*, aff. 17/74, Rec. 1063.

⁶²² D'après les membres de l'Association, requérantes dans cette affaire, la Commission aurait, en imposant ces obligations, violé les règles de procédure contenues dans le Règlement 99/63. En effet, l'une des obligations nouvelles imposées dans la décision d'exemption ne figurait pas dans la communication des griefs et n'aurait pas non plus été mentionnée lors de l'audition organisée par la Commission. Mais d'après la Commission, la communication des griefs mentionnant expressément l'obligation d'informer la Commission de tout changement intervenant dans les intérêts financiers des membres de l'Association suffisait ; il en résultait implicitement qu'elle lierait le prolongement de l'exemption à une nouvelle exigence en fonction du changement qui a effectivement eu lieu.

⁶²³ Conclusions de l'avocat général Warner dans cette affaire, [1974] Rec. 1089.

⁶²⁴ Sur la méthode de l'avocat général dans cette affaire, J.A. USHER, *The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court*, ELR, 1976, not. 368-371.

⁶²⁵ CJCE, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association/Commission*, aff. 17/74, pt 15, Rec. 1080 (nous soulignons).

213. La Cour choisit de se fonder sur une analogie plutôt que sur la comparaison. L'analogie est de type « ascendante »⁶²⁶. Elle consiste à établir un principe commun à partir de situations différentes considérées abstraitement. La Cour s'est demandé si l'on pouvait appliquer la règle qui prévaut pour le retrait d'une exemption à des situations d'imposition d'exigences nouvelles dans une décision d'exemption. Décisif fut le fait que, dans ces deux cas, la situation est défavorable à l'intéressé. Une règle générale, tirée par « induction amplifiante » de l'ensemble de la réglementation, est alors posée pour rendre les situations comparables: c'est la règle selon laquelle les destinataires de décisions défavorables doivent être entendus⁶²⁷. Seul un raisonnement de ce genre permet de comprendre que, pour la Cour, l'absence de protection représentait, en l'espèce, une lacune de la réglementation, et non une omission délibérée de politique juridique ne relevant pas de sa juridiction.

214. La méthode est classique. Elle s'apparente au mode de raisonnement développé par le juge national⁶²⁸. En bref, elle consiste à induire d'un ensemble de règles ou de cas particuliers la règle générale qui fait l'esprit d'une législation, puis à exciper de cette règle pour imposer, dans une situation juridique qui ne relève d'aucune règle positive directement pertinente, les conséquences conformes à cet esprit⁶²⁹. Dans son élaboration, cette règle générale repose sur une lacune considérée comme une carence du système juridique; la règle intervient dès lors pour constater et pour combler la lacune⁶³⁰. La méthode consiste à anticiper « la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite »⁶³¹.

2. « La comparaison critique »

215. Mais, dans cette affaire, c'est la comparaison, développée par l'avocat général Warner qui a retenu l'attention parce qu'elle fournit une bonne illustration de l'importance de la recherche de droit comparé dans le cadre jurisprudentiel⁶³². A propos du droit d'être entendu, il conclut:

« Cet aperçu du droit des Etats membres doit porter à conclure que le droit d'être entendu fait partie intégrante des droits que protège "le droit", dont il est question à

⁶²⁶ Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, *Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit)*, RRJ, 1995, 1043-1052.

⁶²⁷ Voy. L. SILANCE, *Un moyen de combler les lacunes en droit: l'induction amplifiante*, in *LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT*, C. Perelman (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1968, 489-512; G. RIPERT décrit l'opération jurisprudentielle de la manière suivante: « il découvre sous les données des règles légales l'existence d'une règle générale qui explique un certain nombre de dispositions particulières » (*LES FORCES CREATRICES DU DROIT*, LGDJ, Paris, 2ème éd., 1955, rééd. 1994, 531).

⁶²⁸ En droit français, on se reportera à l'étude classique de J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *ETUDES OFFERTES A G. RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, t. I, 51-74.

⁶²⁹ Pour une description et une critique, voir N. POULANTZAS, *NATURE DES CHOSES ET DROIT. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, LGDJ, Paris, 1965, 312 et ss.

⁶³⁰ Cf. C. W. CANARIS, *De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand*, in *LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT*, C. Perelman (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1968, 161-179.

⁶³¹ F. GENY, *METHODE D'INTERPRETATION ET SOURCES EN DROIT PRIVE POSITIF*, LGDJ, Paris, 1932, t. I, § 81 bis.

⁶³² De manière générale, sur le sujet, M. KIKKERI, *THEORY AND PRACTICE OF COMPARATIVE LEGAL REASONING. From Inspiration to Rational Legal Justification*, Thèse EUI, Florence, 1999.

l'article 164 du traité et dont en conséquence il est du devoir de la Cour d'assurer le respect. »⁶³³

Convergence remarquable entre le *droit des Etats membres*, le *droit communautaire* et le *droit* en tant que tel. Par cette technique, on comprend que le juge puisse choisir tout principe qui lui paraît manquer à l'ordre juridique communautaire.

a) La sélection

216. En matière de droits procéduraux, cette recherche de situations comparables dans des ordres juridiques étrangers a pris trois formes:

i) D'abord une recherche de *droit comparé "externe"* dans le droit des Etats membres. Les principes processuels, considérées comme des règles de "justice naturelle" dans les systèmes de *Common law*, ont traditionnellement un statut et un rôle beaucoup moins prédominants dans les systèmes de droit civil. C'est même par là que, selon R. David, les deux familles de droit se distinguent⁶³⁴. La difficulté est renforcée par le fait que « *dans le domaine du droit administratif, les concepts juridiques traditionnels diffèrent fondamentalement (...). A l'opposé du droit constitutionnel, les formes et les éléments traditionnels s'avèrent particulièrement résistants au sein du droit administratif* »⁶³⁵. Ainsi, l'arrêt *Transocean Marine Paint* prenait pour point de départ la règle *audi alteram partem* « plusieurs fois centenaire en droit anglais », mais peu présente en droits belge et français et tout à fait inconnue des droits italien et néerlandais.

ii) Il arrive que la Cour procède à une recherche *internationale*, dans le droit des pays tiers ou dans les ordres juridiques internationaux. La Cour a pu par exemple, par l'intermédiaire de ses avocats généraux, examiner la législation américaine⁶³⁶. L'intérêt de cette comparaison tient surtout à l'antidumping. Par nature, cette matière, issue des négociations du GATT, suscite un grand intérêt pour la comparaison Europe/Etats-Unis. A ce titre, il y aurait lieu de signaler la multiplication des références aux instruments internationaux, Convention européenne des droits de l'homme ou Pacte des Nations-Unies sur les droits civils et politiques, dans la jurisprudence de la Cour relative aux garanties procédurales⁶³⁷.

iii) Il faut enfin envisager la possibilité d'une recherche de *droit comparé "interne"*⁶³⁸. Il est remarquable qu'en matière de garanties procédurales, la recherche ne se limite pas à un

⁶³³ Conclusions de l'avocat général Warner, [1974] Rec. 1090.

⁶³⁴ Voir, par exemple, R. DAVID, *LES GRANDS SYSTEMES DE DROIT CONTEMPORAINS*, Dalloz, Paris, 1982, 24.

⁶³⁵ J. SCHWARZE, *The Administrative Law of the Community and the protection of Human Rights*, CMLR, 1986, 406-407.

⁶³⁶ Conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Al-Jubail Fertilizer Company/Conseil*, C-49/88, I-3187; en général C.N. KAKOURIS, *L'utilisation de la Méthode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *THE USE OF COMPARATIVE LAW BY COURTS*, U. Drobnig & S. Van Erp (eds.), Kluwer, The Hague, 1999, not. 109-110.

⁶³⁷ Voy., par exemple, CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, Rec. 3283; v. F. PICOD, *Le juge communautaire et l'interprétation européenne*, in *L'INTERPRETATION DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, 289-334.

secteur, mais peut être menée dans tous les contentieux et branches du droit. Qu'il soit possible de faire dériver le principe des droits de la défense aussi bien du droit privé⁶³⁹ que du droit administratif⁶⁴⁰ montre que, dans la plupart des systèmes nationaux, ce principe est, à un niveau très général, commun à toutes les procédures⁶⁴¹. Cette technique permet d'éviter la difficile question de savoir quelle est l'origine de ces droits et à quelles procédures ils doivent s'appliquer. Il est vrai que « le fait que les procédures peuvent être pénales dans un Etat membre et civiles dans d'autres, que les procédures judiciaires diffèrent, que des pratiques différentes sont adoptées pour des raisons historiques, que des conditions différentes s'appliquent, rend des divergences inévitables »; cela n'empêche pas, toutefois, de dégager « un principe général, même exprimé dans des termes larges », applicable à la procédure communautaire⁶⁴².

b) La réception

217. A s'en tenir là, on peut avoir l'impression que les principes choisis par la Cour constituent une sorte de nouveau « droit commun européen »: ne transcendent-ils pas les différences entre systèmes juridiques et entre branches du droit⁶⁴³? En réalité, il ne s'agit pas d'intégrer automatiquement au corpus communautaire tout principe dont l'analyse comparative aura montré qu'il participe effectivement de tous les systèmes nationaux. Une analyse comparative est menée pour résoudre un problème que la Cour se pose face à une situation de fait. Mais que, de là, il soit possible de constater l'existence d'une évolution commune dans les solutions juridiques nationales, cela ne suffira pas à entraîner la consécration d'un principe général du droit. *Il s'agit moins d'établir un fonds juridique commun que de satisfaire les intérêts pratiques du droit communautaire.* La réception repose sur une « *comparaison critique* »⁶⁴⁴, qui

⁶³⁸ Cf. W. BARANES, M-A. FRISON-ROCHE, J.-H. ROBERT, *Pour le droit processuel*, Dalloz, 1993, Chron., 9-16.

⁶³⁹ En ce sens, J-A. USHER, *Principles Derived from Private Law and the European Court of Justice*, European Review of Private Law, 1993-1, 109-136.

⁶⁴⁰ En ce sens, J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, London, 1992.

⁶⁴¹ Voy. par ex., en droit français, G. WIEDREKHER, *Droits de la défense et procédure civile*, Dalloz, 1978, Chron. 36: « En France, le respect des droits de la défense est unanimement reconnu comme le principe fondamental de la procédure civile, aussi bien que de la procédure pénale ou administrative », même s'il est vrai que « le respect des droits de la défense est garanti selon les nécessités propres à l'une ou à l'autre des juridictions » (J.-P. CHAUDET, *op. cit.*, 160).

⁶⁴² Conclusions de l'avocat général Slynn dans l'affaire *AM & S*, [1982] Rec. 1642-1650. On notera, dans le même sens, que le renvoi opéré à l'ex-art. 215 a été entendu comme visant aussi bien les principes de droit civil de la responsabilité que ceux du droit public (F. DUMON, *La responsabilité extracontractuelle des Communautés Européennes et de leurs agents*, CDE, 1969, 3-48).

⁶⁴³ En effet, selon W. VAN GERVEN, « *The development of a common law of Europe should not be subversive to traditional divisions of the law (such as the 'summa divisio' between public and private law) but should be based on principles and concepts which transcend such divisions* » (*Court decisions, general principles and legal concepts: ingredients for a common law of Europe*, in *THE COMMON LAW OF EUROPE AND THE FUTURE OF LEGAL EDUCATION*, B. de Witte & C. Forder (eds.), EUI, Kluwer, Deventer, 1992, 340, note 5). Cette citation doit être replacée dans le contexte d'un courant doctrinal stimulant le développement d'un nouveau *jus commune*, à partir des travaux concertés d'une communauté internationale de juristes capable de proposer des modèles conceptuels de rapprochement des législations nationales: un nouveau droit « savant » commun (voir, parmi une littérature très abondante, B. OPPETIT, *Droit commun et droit européen*, in *L'INTERNATIONALISATION DU DROIT. Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, 311-319).

⁶⁴⁴ Cf. K. ZWIEGERT, *Les principes généraux des droits des Etats membres*, in *LE DROIT DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNE*, Bruxelles, Larquier, 1969.

ne se résume pas à entériner « l'esprit des droits nationaux, leur orientation et leur évolution » communes⁶⁴⁵.

218. Au yeux de la Cour de justice, il n'est pas nécessaire que ce principe soit présent dans l'ensemble des systèmes nationaux, ni même qu'il soit "largement répandu"⁶⁴⁶ ou "reconnu dans un certain nombre d'Etats membres"⁶⁴⁷. Il peut être reconnu dans un petit nombre d'Etats, voire dans un seul d'entre eux, pourvu qu'il apparaisse au juge communautaire comme « le mieux adapté »⁶⁴⁸, « le plus performant »⁶⁴⁹, « le plus éprouvé »⁶⁵⁰, « la solution la plus optimale »⁶⁵¹ ou « la plus appropriée »⁶⁵². C'est qu'il s'agit moins de « rechercher la concordance des ordres juridiques de tous les Etats membres, non plus qu'un genre de scrutin suivi de la constatation d'une majorité »⁶⁵³ que de rechercher la solution nationale, fût-elle unique en son genre, qui soit « la plus appropriée à la lumière non seulement de considérations relatives aux pratiques dans les divers Etats membres, mais aussi des intérêts de la Communauté et de ses institutions, des Etats membres et des individus qui sont soumis à ses lois »⁶⁵⁴. Ainsi, dans l'arrêt *AM & S*, la Cour reconnaissait l'existence d'un droit aux échanges confidentiels entre l'avocat et son client sur la base d'un droit particulièrement développé en droit anglais, mais quasiment inexistant en droit français⁶⁵⁵. Cette solution doit être la meilleure en son genre⁶⁵⁶, mais surtout la mieux adaptée⁶⁵⁷.

⁶⁴⁵ P. REUTER, *La Cour de justice des Communautés Européennes et le droit international*, in *MELANGES OFFERTS A H. ROLIN. Problèmes de droit des gens*, Pedone, Paris, 1964, 263. De manière plus générale, on a trop tendance à occulter, dans ce processus d'émergence d'un Droit administratif européen, les *disparités*, les *inégalités* et la *concurrence* entre les modèles (v., dans la perspective d'un « Droit administratif mondial » en construction, P. LEGENDRE, *Histoire de la pensée administrative française*, in *TRAITE DE SCIENCE ADMINISTRATIVE*, Moulon, Paris, La Haye, 1966, not. 69).

⁶⁴⁶ Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Zuckerfabrik* (aff. 5/71), [1971] Rec. 991.

⁶⁴⁷ Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Werhahn* (aff. jtes 63 à 69/71), [1973] Rec. 1229.

⁶⁴⁸ J. VERGES, *Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*, in *L'EUROPE ET LE DROIT. Mélanges Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, 513-531.

⁶⁴⁹ Y. GALMOT, *Réflexions sur le recours au droit comparé par la CJCE*, RFDA, 1990, 255-262.

⁶⁵⁰ P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la CJCE, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, RIDC, 1980, 337-359.

⁶⁵¹ M.A. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, RTDE, 1984, 401-424.

⁶⁵² H. KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour*, Rencontre judiciaire et universitaire, Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, I-29; J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE*, CDE, 1986, 5-20.

⁶⁵³ H. KUTSCHER, *op. cit.*, I-29.

⁶⁵⁴ Conclusions de l'avocat général Slynn dans l'affaire *AM & S*, [1982], Rec. 1654.

⁶⁵⁵ D'où les contestations du gouvernement français (CJCE, 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, aff. 155/79, Rec. 1575). Du reste, la jurisprudence française semblait s'orienter vers une conception beaucoup moins protectrice du secret (Cf. M. DELMAS-MARTY, *A propos du secret professionnel*, Dalloz, 1982, Chron. XXXIX).

⁶⁵⁶ Selon l'avocat général Lagrange, « la jurisprudence de la Cour (...) ne se contenterait pas de puiser ses sources dans une sorte de "moyenne" plus ou moins arithmétique entre les diverses solutions nationales, mais choisirait dans chacun des pays membres, celles qui, compte tenu des objets du traité, lui paraîtraient les meilleures, ou, si l'on veut employer ce mot, les plus progressistes » (Conclusions présentées le 4 juin 1962, aff. 14/61, [1962] Rec. 539).

⁶⁵⁷ « Naturellement, la Cour ne procède pas à une transcription pure et simple de certaines formules nationales et elle se réserve le droit d'y apporter tous les aménagements qui sont justifiés par les particularités propres au droit communautaire » (Y. GALMOT, *op. cit.*, 259). Pour des exemples tirés du droit de la responsabilité extracontractuelle, J.-G. HUGLO, *Responsabilité extracontractuelle*, J.-Cl. Europe, fasc. 370 (1999).

219. Ces principes ont ainsi une fonction de « légitimation »⁶⁵⁸;

« Le droit communautaire, issu d'une interprétation non seulement économique, mais aussi juridique des Etats membres, doit tenir compte des principes et conceptions communs aux droits de ces Etats... »⁶⁵⁹

La Cour montre par là que le système communautaire est non seulement capable de résister aux pressions exercées par les systèmes nationaux, qui réclament la garantie du respect de droits fondamentaux jusque-là méconnus par le système communautaire, mais, bien plus, il est capable de les utiliser jusqu'à les transformer en facteurs d'organisation et de protection, sous la forme des principes généraux du droit⁶⁶⁰.

B. L'incorporation

220. Il restait à incorporer le principe dans l'ordre communautaire, suivant deux étapes: une confirmation et une consolidation.

1. La confirmation

221. En 1976, la Commission prit une décision de sanction à l'égard de la société Hoffmann-La Roche pour violation de l'article 82 du traité. Dans son recours, la société alléguait, notamment, d'une audition incomplète, d'un refus d'accès à certains documents et d'un accès incomplet à d'autres documents⁶⁶¹. Typique est le raisonnement de l'avocat général Reischl dans cette affaire. Tous ses arguments procèdent du fait que les règles en vigueur pour des procédures de ce genre ne prévoient pas les obligations dont se réclame la requérante. Non seulement il n'existe aucune mesure de ce type dans la législation communautaire, mais « on ne peut non plus établir l'existence d'un principe juridique d'ordre général en ce sens »⁶⁶²; et « comme (...), de surcroît, [les documents en question] ont fait l'objet de développement complet durant la procédure judiciaire, il n'y a assurément pas de raison d'annuler la décision de la Commission pour violation des droits de la défense ». Dès lors, la conclusion s'impose: « même si donc on peut avoir l'impression que, durant la procédure administrative, la Commission aurait pu discuter plus complètement avec la requérante des documents qu'elle a exploités et que, respectant l'obligation du secret qui lui incombe, elle aurait dû envisager, dès le stade de la phase administrative et non pas durant la procédure en justice, d'informer plus complètement la requérante sur les faits essentiels, on ne pourra quand même pas, en définitive, parler en l'espèce d'une violation des droits fondamentaux de la défense, susceptible d'entraîner une annulation

⁶⁵⁸ En ce sens, M. A. DAUSES, *op. cit.*, 424.

⁶⁵⁹ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, aff. 155/79, pt 18, Rec. 1610 (nous soulignons).

⁶⁶⁰ Par analogie, H. ATLAN, *ENTRE LE CRISTAL ET LA FUMÉE. Essai sur l'organisation du vivant*, Seuil, Paris, 1979, 13-130.

⁶⁶¹ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, Rec. 461.

⁶⁶² Conclusions de l'avocat général Reischl, [1978] Rec. 600.

complète de la décision attaquée »⁶⁶³. Incontestablement, une obligation procédurale pesait sur la Commission. Mais c'est un devoir éthique, non un principe juridique.

222. Le raisonnement de la Cour est tout différent. Un dynamisme inverse traverse son jugement. Elle choisit d'inscrire au point de départ le principe juridique:

« attendu que le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif. »⁶⁶⁴

Ici, le principe est dégagé dans sa formulation générale et abstraite pour la première fois dans l'ordre administratif économique.

223. De l'élévation de ces droits au rang de principe du droit communautaire découlent des conséquences pratiques importantes⁶⁶⁵. Les principes ont « une dimension que les règles n'ont pas: le poids ou l'importance »⁶⁶⁶; ils sont conçus comme « une limite apportée à la souveraineté du droit positif »⁶⁶⁷. Concrètement, leur autorité résulte de la place que la Cour entend leur assigner dans la hiérarchie des normes: « les principes communautaires participent de la prééminence du droit communautaire primaire (les traités constitutifs) sur le droit communautaire dérivé, qu'ils soient inscrits dans les traités eux-mêmes ou qu'ils soient le fruit d'une création jurisprudentielle »⁶⁶⁸. Dès lors, toute disposition procédurale du droit dérivé sur laquelle se fonde l'action de la Commission s'analyse comme « faisant application de ce principe »⁶⁶⁹.

224. Peut-on considérer qu'il fait partie des droits fondamentaux consacrés par l'ordre juridique communautaire? Il est commun, en doctrine, de suggérer une distinction entre les principes généraux du droit communautaire et la sous-catégorie constituée par les droits fondamentaux. Selon l'avocat général Léger, « à côté des principes généraux, les termes de "droits fondamentaux" sont au contraire avant tout réservés aux "droits de l'homme", c'est-à-dire aux droits objectifs, inhérents à la personne humaine et de caractère essentiellement individuel »⁶⁷⁰. De ce point de vue, depuis la fin des années quatre-vingt, le doute n'est plus permis.

2. La consolidation

⁶⁶³ Ibid., Rec. 601.

⁶⁶⁴ Ibid., pt 9, Rec. 511.

⁶⁶⁵ Sur ce point, M. AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Community*, *The British Yearbook of International Law*, 1981, not. 45-51.

⁶⁶⁶ R. DOWRKIN, *Le positivisme*, *Droit et Société*, trad. de l'anglais par M. Troper, 1985, n° 1, 39.

⁶⁶⁷ G. RIPERT, *op. cit.*, 344.

⁶⁶⁸ J. RIDEAU, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés Européennes. Techniques de protection*, RIDC, 1981, 584; également J. VERGES, *Droits fondamentaux et droits de la citoyenneté dans l'Union européenne*, RAE, 1994/4, 75-97.

⁶⁶⁹ Ainsi la Cour en juge-t-elle à l'égard de l'article 19 du Règlement 19/62 et de l'article 4 du Règlement 99/63 (Ibid., pt 9, Rec. 511).

⁶⁷⁰ Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 3 février 1998, dans l'affaire C-185/95 P.

225. Dans l'arrêt *Hoechst*, la Cour rattache explicitement les droits de la défense aux droits de l'homme protégés par l'ordre juridique communautaire:

« selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales revêt à cet effet une signification particulière ».

Or, « pour interpréter l'article 14 du règlement n° 17, il convient de tenir compte notamment des exigences découlant du respect des droits de la défense, principe dont le caractère fondamental a été souligné à maintes reprises par la jurisprudence de la Cour »⁶⁷¹.

En 1991, dans l'arrêt *Al-Jubail Fertilizer*, la formule devient plus précise. A propos de la législation antidumping,

« il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante [citant l'arrêt de la Cour du 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, étape importante dans la consécration des droits fondamentaux en droit communautaire] les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. Dès lors, pour interpréter l'article 7, paragraphe 4, du règlement de base, il convient de tenir compte, notamment, des exigences des droits de la défense, principe dont le caractère fondamental a été souligné à maintes reprises par la jurisprudence de la Cour [citant l'arrêt du 17 octobre 1989, *Dow Benelux*, aff. 85/87] »⁶⁷².

226. Sans doute ce caractère n'apparaissait-il pas dans la jurisprudence antérieure. Mais cela signifie-t-il qu'il en était absent? L'arrêt *Hoechst* se réfère à l'arrêt *Michelin*, tenu pour l'arrêt ayant fixé la matière. Celui-ci déclarait que « le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé par la Commission dans ses procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions en application des règles de concurrence du traité. Ce principe exige, entre autres, que l'entreprise intéressée ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction »⁶⁷³. Bien que ce passage ne fasse aucune mention des droits de l'homme, il est raisonnable de supposer que, dans l'esprit de la Cour, le principe protégeait déjà des droits individuels fondamentaux. Le lien institué avec les droits de l'homme n'en serait que la confirmation.

227. Telle est, semble-t-il, la marche régulière de la jurisprudence communautaire: *partie d'une "règle générale", elle consacre un "principe fondamental" et finit par l'intégrer aux*

⁶⁷¹ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pts 13 et 14, Rec. 2923; CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux/Commission*, aff. 85/87, pts 24 et 25, Rec. 3156; CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Conseil*, C-49/88, pt 15 (se référant à l'arrêt de la Cour *ERT* du 18 juin 1991, I-2925), I-3241 (antidumping).

⁶⁷² CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Conseil*, C-49/88, pt 15, I-3241.

“droits fondamentaux de la personne humaine”⁶⁷⁴. Ces droits sont investis d’une fonction au sein de l’ordre juridique communautaire, et l’exercice de cette fonction nécessite une distorsion de la norme incorporée, soit une restriction, soit, au contraire, une extension de sa portée.

SECTION II. EXTENSION ET LIMITES DU PRINCIPE DES DROITS DE LA DEFENSE

228. Aux principes généraux de ce genre, on peut attribuer une double signification générale. D’une part, ce sont des règles « d’optimisation » des normes juridiques: « En tant qu’obligations d’optimisation, les principes sont des normes qui commandent que quelque chose sera réalisé dans la plus haute mesure possible, relativement à ce qui est juridiquement et réellement possible »⁶⁷⁵. Ainsi verra-t-on, dans le jeu des droits de la défense, une série de droits, sortant du principe les uns des autres comme par métamorphose. Dès lors, les droits de la défense sont érigés en catégorie générale de l’ordre juridique communautaire. Sous cette catégorie peuvent être subsumés un ensemble de droits particuliers (droit d’accès au dossier, droit à être entendu, droit à la confidentialité, etc.), qui peuvent être *étendus* partout où il semble nécessaire de limiter l’arbitraire administratif. Le principe remplit ainsi une double fonction: non seulement celle d’assurer une « certaine homogénéité entre le droit communautaire et les ordres juridiques avec lesquels il entretient des relations nécessaires »⁶⁷⁶, mais aussi celle d’assurer une certaine homogénéité au sein même du système juridique de la Communauté (I).

229. Mais, d’autre part, il s’agit de règles de « combinaison » de normes et d’intérêts. Il est de la nature de ces principes d’être mis en balance⁶⁷⁷. Leur mode d’application est la pondération. Selon une jurisprudence constante, les droits ainsi garantis sont « loin d’apparaître comme des prérogatives “absolues”, mais doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés » par l’application des traités; les droits fondamentaux peuvent faire l’objet de restriction à condition toutefois de ne pas porter atteinte à leur “substance”⁶⁷⁸. Cette formulation générale indique que le juge, en faisant prévaloir celui des principes et des intérêts qu’il estime avoir le plus grand poids au regard des circonstances de l’espèce, n’élimine pas pour autant le principe concurrent. S’il ne peut garantir que le respect du principe ne soit jamais déçu, il peut garantir que le principe est maintenu dans l’ordre communautaire, même s’il est déçu. « *Les droits de l’individu ne sont pas les seuls aspects de l’intérêt général. Ils peuvent devoir être mis en balance avec d’autres aspects de ce dernier, avec lesquels ils peuvent, ou peuvent s’avérer,*

⁶⁷³ CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81, pt 7, Rec. 3498. Citer jpc constante.

⁶⁷⁴ Dans le même sens, J.H.H. WELLER & N.J.S. LOCKHART, “Taking Rights Seriously” *Seriously: The European Court of Justice and Its Fundamental Rights Jurisprudence (Part I)*, CMLR, 1995, 86-89.

⁶⁷⁵ R. ALEXY, *Idée et structure d’un système de droit rationnel*, APD, t. 33, 1988, 34.

⁶⁷⁶ D. SIMON, *op. cit.*, 77.

⁶⁷⁷ Par là, ils se distinguent des simples règles qui s’appliquent ou ne s’appliquent pas (M.-C. PONTHEAUX, *LA RECONNAISSANCE DES DROITS NON-ECRITS PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES ITALIENNE ET FRANÇAISE. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, P.U. d’Aix-Marseille, Economica, Paris, 1994, 209).

⁶⁷⁸ CJCE, 14 mai 1974, *Nold/Commission*, aff. 4/73, pt 14, Rec. 508. Voir M.A. DAUSES, *op. cit.*, 401-424.

entrer en conflit »⁶⁷⁹: représente, de toute évidence, un tel aspect, l'intérêt communautaire de la concurrence. D'où les *limites* du principe (II).

§ I. L'EXTENSION DES DROITS DE LA DEFENSE

230. Le processus d'extension a suivi deux voies parallèles. La plus importante est jurisprudentielle (A). Mais il ne faudrait pas négliger l'importance d'une extension portée par l'Administration elle-même (B).

A. La diffusion jurisprudentielle

231. Pour assurer à ces droits l'extension voulue, la Cour disposait d'un moyen simple, l'analogie: « de ce que la loi a statué pour une situation, on déduit qu'elle est applicable aux situations semblables »⁶⁸⁰. Ce travail de diffusion fut grandement facilité par l'emploi du principe général qu'elle avait elle-même forgé. La portée de cette extension est double: importante quand il s'agit de procédures et de matières économiques, elle prend encore une autre ampleur lorsqu'elle touche aux procédures non répressives.

1. L'extension en droit économique

232. L'analogie a servi à étendre l'application des droits de la défense à de nouveaux droits, à de nouvelles phases de la procédure, à de nouvelles matières.

a) Un nouveau droit

233. En 1978, la Commission décide de procéder à des vérifications, conformément à l'article 14 du Règlement 17, au sein de certaines entreprises de l'industrie du zinc dont fait partie la société anglaise AM & S Europe Limited. Le problème procédural est de savoir si et comment les communications entre un avocat et son client peuvent être protégées de la divulgation dans le cadre d'une enquête administrative de droit de la concurrence. Lors de l'instance, tout le débat a porté sur un argument historique. Mais la question a été à nouveau formulée par l'avocat général Warner pour « savoir si les ordres juridiques des Etats membres révèlent l'existence d'un principe général de la nature en cause »⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Conclusions de l'avocat général Slynn dans l'affaire *AM & S*, [1982] Rec. 1655-1656.

⁶⁸⁰ J. CARBONNIER, *DROIT CIVIL, Les Personnes*, PUF, Paris, 14ème éd., 1982, 185.

⁶⁸¹ Conclusions de l'avocat général Warner, [1982] Rec. 1631. Sur ce point, en effet, les textes communautaires sont silencieux. Dès lors, la première réaction est de se demander s'il n'existe pas un principe non écrit. Selon l'avocat général Warner, le droit à la protection du caractère confidentiel des communications entre un avocat et son client ne peut être considéré comme un droit fondamental (Rec. 1636). Selon l'avocat général Slynn, il doit exister un principe général du droit communautaire qui couvre cette règle (Rec. 1660). Pratiquement, ils reconnaissent tous deux l'importance de ce droit, bien qu'ils recommandent des solutions techniquement différentes: le premier par le recours aux juridictions nationales, le second par le recours à la Cour de justice en cours de procédure. Cette reconnaissance se fonde, en grande partie, sur une étude rédigée par deux fonctionnaires de la Commission, MM. Ehlermann et Oldekop, qui admettaient en 1978 que ce type de

234. L'examen comparé laisse apparaître des divergences dans la portée et les critères d'application. Les fondements sur lesquels repose cette règle diffèrent d'un pays à l'autre⁶⁸². Mais, selon la Cour, il révèle, au-delà des différences, l'existence d'une règle commune, qui doit être prise en compte pour interpréter le Règlement 17. Elle choisit, pour cela, de se servir de la catégorie des droits de la défense: « le règlement n° 17/62 lui-même, notamment dans son onzième considérant et par les dispositions de l'article 19, prend soin de sauvegarder le plein exercice des droits de la défense, dont la protection de la confidentialité entre avocats et clients constitue un complément nécessaire »⁶⁸³.

235. Il est vrai que, dans cet arrêt, la notion des droits de la défense sera utilisée pour limiter la portée de la règle de confidentialité. Néanmoins, il existait une possibilité d'élargir cette interprétation.

b) Une nouvelle phase de la procédure

236. b.1) C'est précisément cette possibilité qu'exploite la Cour, dix ans plus tard, dans l'affaire *Hoechst*. Cette affaire marque la véritable extension des droits de la défense à la phase d'enquête préalable en matière de concurrence. La requérante est une entreprise chimique ayant refusé l'accès de ses locaux lors d'une perquisition ordonnée par la Commission. Se fondant sur une expertise effectuée par un universitaire allemand, elle considère que le droit à l'inviolabilité du domicile est un droit fondamental, commun à l'ensemble des ordres constitutionnels des Etats membres, qu'il convient de respecter lors de la procédure d'enquête communautaire⁶⁸⁴.

237. Sur conclusions contraires de l'avocat général Mischo, la Cour décide que les droits de la défense ont un lien direct avec l'enquête. Sous cette catégorie naissent les droits des particuliers dans l'enquête. Il en est du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile comme du droit à la confidentialité de la correspondance consacré dans l'arrêt *AM & S*: tous deux entrent dans l'exigence générale de protection individuelle. Ainsi, « il y a lieu de préciser que, s'il est vrai que, dans cet arrêt [9 novembre 1983, *Michelin*, aff. 322/81, Rec. 3641], la Cour a relevé que les droits de la défense doivent être respectés dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, *il importe d'éviter que ces droits ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures d'enquête préalable, dont notamment les vérifications, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité* »⁶⁸⁵. Désormais, parmi les droits de la défense, il en est qui ne concernent que les procédures contradictoires et d'autres qui doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable.

communications relevaient de la notion des droits de la défense (Conclusions Warner, Rec. 1623; Conclusions Slynn, Rec. 1661).

⁶⁸² CJCE, 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, aff. 155/79, Rec. 1610-1611, pt 20.

⁶⁸³ Ibid., pt 23, Rec. 1611.

⁶⁸⁴ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rapport d'audience, Rec. 2868.

⁶⁸⁵ Ibid., pt 15, Rec. 2923 (nous soulignons).

238. b.2) L'extension peut se poursuivre à d'autres *droits*. Ainsi est né, de l'arrêt *Orkem*, le droit à ne pas témoigner contre soi-même. Bien que le Conseil a délibérément entendu exclure ce droit de la réglementation pertinente, « *il s'agit plutôt de savoir si des principes juridiques applicables en droit communautaire de la concurrence, et formellement extérieurs au règlement n° 17, ne se superposent pas, en quelque sorte, à ce règlement* »⁶⁸⁶. Mais, ici, l'examen comparatif montre « qu'il ne s'agit pas d'un principe d'une telle "intensité" qu'il ne puisse être écarté dans une matière telle que le droit de la concurrence ».

239. Il reste qu'il convient, selon la Cour, « d'examiner si certaines limitations au pouvoir d'investigation de la Commission au cours de l'enquête préalable ne résultent pas de la nécessité d'assurer le respect des droits de la défense, que la Cour a considéré comme un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire »⁶⁸⁷. A la suite de la jurisprudence *Hoechst*, force est de constater que « la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des renseignements par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve »⁶⁸⁸.

240. Ainsi, le principe des droits de la défense, issu à l'origine d'une analyse comparative, déploie ses propres effets normativement contraignants dans l'ordre juridique communautaire, en dehors de toute référence extérieure. Il acquiert un sens du fait de sa formulation par la Cour, qui résulte non pas d'un renvoi aux droits nationaux mais aux nécessités et aux conditions du droit communautaire lui-même. L'extension des droits de la défense à la phase d'enquête est intimement liée à la nécessité d'encadrer les pouvoirs de la Commission dans les procédures d'application des articles 81 et 82 CE.

c) De nouvelles matières

241. L'analogie entre les différentes matières du droit communautaire est en principe exclue étant donné « le caractère technique et détaillé de ce type de réglementations »⁶⁸⁹. Mais du fait de sa généralité et de son autorité, le principe des droits de la défense est le moyen d'étendre les garanties de procédure à des hypothèses semblables qui ne prévoient aucune disposition réglementaire pertinente. Dans les années quatre-vingt-dix, la jurisprudence communautaire déclare notamment que:

c.1) *L'absence d'éléments réglementaires pertinents ne peut pas constituer un obstacle à l'application du principe*. Cette règle concerne d'abord certaines dispositions du droit de la

⁶⁸⁶ Conclusions de l'avocat général Darmon présentée le 18 mai 1989 dans l'affaire *Orkem*, § 14, [1989] Rec. 3326.

⁶⁸⁷ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, Rec. 3351, pt 32.

⁶⁸⁸ Ibid., pt 35, Rec. 3351.

⁶⁸⁹ Voy. CJCE, 5 mars 1980, *Ferwaerda/Porduktschap voor Vee en Vlees*, aff. 265/78, pt 9, Rec. 629. En ce sens, J. SCHWARZE, *Sources of European Administrative Law*, in *THE CONSTRUCTION OF EUROPE. Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer, Dordrecht, 1994, not. 187-188.

concurrence⁶⁹⁰. Mais elle concerne également le droit du contrôle des *aides*. En cette matière, pour la première fois, la Cour a jugé que « le respect des droits de la défense dans une procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental du droit communautaire et doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure en cause »⁶⁹¹. L'évolution de la formulation par rapport à la jurisprudence *Hoffmann-La Roche* est notable. Cette solution a été étendue aux décisions adoptées sur le fondement de l'article 86 § 3⁶⁹².

c.2) *La présence d'éléments matériels différents ne peut pas constituer un obstacle à l'application du principe*. Sans doute la spécificité du droit *antidumping* interdit-elle une transposition « intégrale » de la jurisprudence communautaire portant sur les droits de la défense en matière de concurrence. « Toutefois, précise l'avocat général Darmon, un principe *aussi général* que celui que vous avez dégagé dans votre arrêt *Hoffmann-La Roche/Commission* (...) paraît devoir s'appliquer également aux procédures de dumping »⁶⁹³. Le texte du règlement de base impose des droits pour les personnes intéressées. Mais, du fait de la reconnaissance de ce principe général, ces droits s'intègrent dans la jurisprudence de la Cour sur les droits fondamentaux dont font partie les droits de la défense⁶⁹⁴.

c.3) Non seulement l'application du principe est requise même en l'absence de dispositions réglementaires pertinentes, mais « il doit être relevé que *l'application du principe fondamental des droits de la défense ne peut être ni exclue ni restreinte par une disposition réglementaire* »⁶⁹⁵.

⁶⁹⁰ C'est ainsi que la Cour a jugé que le principe de la protection de la confidentialité s'applique aussi bien aux demandes de renseignements prévues à l'article 11 qu'aux demandes et notifications prévues par les articles 2, 4, et 5 du Règlement 17/62. Certes, ces demandes ne font l'objet d'aucune disposition analogue à celles de l'article 20 du Règlement 17. Il n'en demeure pas moins que « compte tenu des exigences tenant au respect des droits de la défense et du secret professionnel, le silence du texte ne saurait être interprété comme le refus du législateur communautaire de reconnaître aux entreprises des droits identiques à ceux qu'il leur reconnaît pour assurer la protection des informations contenues dans les réponses aux demandes de renseignement présentées sur le fondement de l'article 11 du règlement » (CJCE, 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, pt 50, I-4835).

⁶⁹¹ Selon la Commission, à la différence de la procédure applicable aux entreprises en matière de pratiques anticoncurrentielles, le droit du contrôle des aides étatiques ne comporterait pas de procédure contradictoire à l'égard de l'Etat concerné. Argument rejeté par la Cour notamment dans les affaires suivantes : CJCE, 10 juillet 1986, *Belgique/Commission*, aff. 234/84, pt 27, Rec. 2289; 10 juillet 1986, *Belgique/Commission*, aff. 40/85, pt 28, Rec. 2348; 14 février 1990, *France/Commission*, C-301/87, I-307; 21 mars 1990, *Belgique/Commission*, C-142/87, I-959.

⁶⁹² CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas e.a./Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-66/90, pt 37, I-637.

⁶⁹³ Conclusions de l'avocat général Darmon l'affaire *Al-Jubail Fertilizer*, § 75, [1991] I-3222 (souligné par l'auteur).

⁶⁹⁴ CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Conseil*, C-49/88, pt 15, I-3241.

⁶⁹⁵ TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter/Commission*, T-260/94, pt 60, II-1018 (nous soulignons). Dans cette affaire concernant l'accès des transporteurs aériens aux liaisons extérieures intracommunautaires, la Commission soutient que la réglementation spécifique exclut la participation des transporteurs aériens éventuellement affectés par la décision de la Commission (Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992, JOCE L240/8, Article 8). Or, selon le Tribunal de première instance, « le respect de ce principe doit être assuré tant en l'absence totale d'une réglementation spécifique qu'en présence d'une réglementation qui ne tiendrait pas compte dudit principe ».

c.4) *L'absence d'éléments pertinents et la présence d'éléments apparemment contraires ne doit pas conduire à adopter une solution par a contrario rejetant l'application du principe.* Pour que le principe s'applique, il faut et il suffit que les éléments contenus dans la définition du principe soient présents, c'est-à-dire un acte faisant grief à une personne individuellement et directement concernée⁶⁹⁶.

Dans toutes ces affaires, néanmoins, les procédures sont susceptibles d'aboutir à des sanctions. Ce type d'analogie a une portée limitée.

2. L'extension aux procédures non répressives

242. Suivant les termes classiques du droit pénal, on considère que la protection des droits de la défense suppose une action répressive et l'éventualité d'une sanction. Mais il faut craindre désormais que « la qualification répressive de certains actes administratifs ne résulte pas clairement des données jurisprudentielles mais de l'interprétation des décisions jurisprudentielles par la doctrine dominante »⁶⁹⁷. La protection est accordée de plein droit dès lors que la mesure est prise dans le cours d'une « activité défavorable »⁶⁹⁸. Ce résultat, en droit communautaire, a été acquis tardivement.

243. Il a son origine dans une jurisprudence portant sur les procédures antidumping. Dans l'arrêt *Al-Jubail Fertilizer* de 1991, la Cour déclare que les exigences découlant du respect des droits de la défense « s'imposent non seulement dans le cadre de procédures susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans les procédures d'enquête précédant l'adoption de règlements antidumping qui, malgré leur portée générale, peuvent affecter les entreprises concernées de manière directe et individuelle et comporter pour elles des conséquences défavorables »⁶⁹⁹. Par là, l'obligation de respecter les droits de la défense en dehors de l'imposition de « sanctions punitives » est affirmée. L'avancée demeure toutefois relative, car les enquêtes antidumping conservent une composante répressive.

a) Une nouvelle formule générale

⁶⁹⁶ Que la procédure ne concerne que les Etats membres ou découle d'un accord international conclu entre un Etat et la Communauté, « un principe aussi général [que celui des droits de la défense] ne saurait voir sa portée varier en fonction de la nature de la décision soumise à votre appréciation dans la mesure où il s'agit d'un standard minimum ne pouvant, dès lors, être divisé en fonction de la spécificité de la procédure instruite » (Conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Fiskano/Commission*, § 63, [1994] I-2896; dans le même sens. CJCE, 29 juin 1994, *Fiskano/Commission*, C-135/92, pts 39 et 40, I-2909; CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas e.a./Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-66/90, pts 50 et 51, I-640; voir aussi les conclusions de l'avocat général van Gerven dans cette affaire, not. I-600-601).

⁶⁹⁷ Comp., en droit français, G. DELLIS, *DROIT PENAL ET DROIT ADMINISTRATIF. L'influence des principes du droit répressif sur le droit administratif*, Thèse Droit, Paris II, 1994, 231.

⁶⁹⁸ Sur cette notion, D. TRIANTAFYLLOU, *DES COMPETENCES D'ATTRIBUTION AU DOMAINE DE LA LOI. Etude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

⁶⁹⁹ CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer Company/Conseil*, C-49/88, pt 5, I-3241, (nous soulignons).

244. Qu'un développement de ces garanties hors de toute idée répressive soit possible, c'est ce que démontrera, quelques mois plus tard, la jurisprudence *Technische Universität München*⁷⁰⁰. Les circonstances de la cause sont simples. Une université allemande, la Technische Universität München, fait l'acquisition d'un microscope électronique importé du Japon. Les autorités nationales compétentes refusent d'admettre l'appareil en franchise douanière conformément aux règlements 1798/75⁷⁰¹ et 2784/79⁷⁰² du Conseil, qui prévoient, sous certaines conditions, l'importation à l'intérieur de la Communauté de matériel exempté de droits de douane. A la suite du recours administratif introduit par l'université, les autorités allemandes demandent l'intervention de la Commission qui confirme la décision de refus au motif que des appareils de valeur scientifique équivalente sont fabriqués dans la Communauté, notamment par la société Philips. Sa demande ayant été rejetée par l'administration, l'université décide alors d'introduire un recours judiciaire contre la décision de rejet. La juridiction saisie en dernier ressort du litige est conduite à interroger la Cour sur la validité de la décision de la Commission confirmant le refus.

245. Le droit d'être entendu n'est pas prévu par le règlement applicable. Alléguera-t-on du principe général des droits de la défense? Selon l'avocat général Jacobs, « il faut faire preuve de prudence avant d'imposer une charge excessive en exigeant une longue procédure contradictoire »⁷⁰³. Au reste, il est douteux que le principe *audi alteram partem* puisse être exigé dans la procédure puisque celle-ci ne présente pas, *stricto sensu*, le caractère d'une procédure de sanction⁷⁰⁴. Telle est la solution qui prévalait jusque-là.

246. L'arrêt emporte en ce domaine un revirement de la jurisprudence antérieure. Au motif que cette procédure, à la différence des procédures de concurrence ou de la procédure antidumping, « a pour seul enjeu la possibilité de bénéficier de l'exonération d'un droit », et non l'imposition d'une amende ou d'une autre sanction, la Cour considérerait que les droits de la défense étaient suffisamment protégés par le fait que les informations relatives à la demande d'admission en franchise avaient été transmises selon la procédure légale⁷⁰⁵. Tel n'est plus le cas:

« Le droit d'être entendu dans une telle procédure administrative exige que la partie intéressée soit mise en mesure, au cours même de la procédure qui se déroule devant la Commission, de prendre position, et de faire connaître utilement son point de vue sur la pertinence des faits ainsi que, le cas échéant, sur les documents retenus par l'institution communautaire. »⁷⁰⁶

⁷⁰⁰ CJCE, 21 novembre 1991, *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*, C-269/90, I-5469.

⁷⁰¹ JOCE 1975, L 184/1.

⁷⁰² JOCE 1979, L 318/32.

⁷⁰³ Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 42, [1991] I-5492.

⁷⁰⁴ Ibid., I-5492.

⁷⁰⁵ Voir en ce sens, CJCE, 8 mars 1988, *Nicolet Instrument/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, aff. 43/87, pts 13 et 14, Rec. 1569; CJCE, 26 juin 1986, *Nicolet Instrument/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, aff. 203/85, pt 15, Rec. 2060.

⁷⁰⁶ CJCE, 21 novembre 1991, pt 25, I-5501.

Ce passage s'intègre dans une vision générale de la protection procédurale dans les procédures administratives discrétionnaires.

247. Il sera étendu à d'autres secteurs de l'Administration sociale⁷⁰⁷. Ces domaines ont en commun de mettre en place des procédures complexes, qui supposent la participation des Etats concernés. C'est le cas des franchises accordées en matière scientifique ou culturelle⁷⁰⁸, des remises des droits à l'importation⁷⁰⁹, des concours octroyés par le Fonds social européen⁷¹⁰. Ces procédures font partie d'un système douanier qui présume l'autorité territoriale des Etats membres. Traditionnellement, en effet, le droit douanier est un instrument du protectionnisme

⁷⁰⁷ TPICE, 9 novembre 1995, *France-aviation/Commission*, T-346/94, pts 36 à 38, II-2859 (remboursement de droits de douane); TPICE, 19 février 1998, *Eyckeler & Malt/Commission*, T-42/96, pts 76 à 80, II-424-425 (remise de droits à l'importation); CJCE, 24 octobre 1996, *Commission/Lisrestal e.a.*, C-32/95 P, pts 21 à 44, I-5396-5400 (réduction de concours financier); TPICE, 15 septembre 1998, *Mediocurso/Commission*, T-180/96 et T-181/96, pts 49 à 54, II-3495-3496 (réduction de concours financier).

⁷⁰⁸ Le règlement du Conseil du 10 juillet 1975 visant à assurer l'exécution par la Communauté de l'accord de Florence, élaboré sous les auspices de l'Unesco, prévoit des franchises douanières en faveur des importations d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel. Afin d'assurer l'application uniforme de ce règlement, une procédure administrative a été mise en place par un règlement d'application de la Commission du 12 décembre 1979. La demande d'admission en franchise est effectuée auprès de l'autorité nationale compétente. C'est seulement si celle-ci n'est pas en mesure, techniquement, de prendre la décision que la demande est transmise à la Commission. Le transfert est justifié par la plus grande compétence technique de cette dernière. Tout au long de la procédure, les Etats membres sont tenus informés. En cas de désaccord entre l'un d'eux et la Commission, est saisi un groupe d'experts, composé de représentants des Etats membres. Au regard de cet examen, la Commission arrête une décision. Que la Commission accepte ou refuse la franchise, les seules autorités informées seront les Etats membres (Voir notamment article 7 du Règlement (CEE) n° 2784/79 de la Commission du 12 décembre 1979 fixant les dispositions d'application du règlement n° 1798/75 du Conseil relatif à l'importation en franchise des droits du tarif douanier commun des objets de caractère éducatif, scientifique et culturel (JOCE 1979, L 318/32), où l'ensemble de cette procédure est décrite). Les « intéressés », organismes publics ou privés, ne disposent d'aucune garantie (ceux-ci sont définis à l'annexe II du Règlement n° 1798/75 (JOCE 1975, L 184/1)).

⁷⁰⁹ La procédure d'octroi du remboursement ou de la remise des droits à l'importation ou à l'exportation est presque identique à celle d'octroi de franchises. A une nuance près: la consultation du groupe d'experts, après transmission de l'autorité douanière nationale qui n'est pas en mesure de décider, est automatique. Aussi, au vu de l'expertise, la Commission prend une décision établissant que l'octroi est justifié ou qu'il ne l'est pas. Notification de cette décision est faite à l'Etat membre concerné et une copie est envoyée aux autres Etats membres : l'autorité douanière compétente statue sur la demande présentée. A aucun moment, l'intéressé n'est associé à la procédure communautaire (Art. 877 à 912 du Code des douanes communautaire, publié par la Commission européenne; Règlement (CEE) n° 2554/93 de la Commission fixant la code des douanes communautaire).

⁷¹⁰ Le Fonds social européen est le principal instrument de la politique sociale de la Communauté, prévu à l'article 123 CE. Il est administré par la Commission. Il lui incombe, notamment de financer des projets d'entreprises. Les demandes de concours financier sont introduites par les Etats membres. Ceux-ci sont incités à exercer leur surveillance sur la gestion des sommes versées (Art. 2 § 2 de la Décision 83/516 du Conseil concernant les missions du Fonds social européen du 17 octobre 1983, JOCE 1983, L 289/38). Le Règlement d'application n° 2580/83 prévoit que la Commission, avant de suspendre, de réduire ou de supprimer un concours financier, a l'obligation de donner à l'Etat membre concerné l'occasion de présenter ses observations. C'est que les concours du Fonds font partie de politiques d'accompagnement et de solidarité destinés à soutenir la promotion de l'emploi dans le cadre des Etats membres (Décision 83/516 du Conseil, cons. (3)). Ainsi, l'octroi, la gestion et le contrôle de ces fonds communautaires sont largement déconcentrés (F. CAILLETEAU, *Le contrôle des fonds communautaires: un nouveau métier pour l'administration française*, Politiques et Management public, Vol. 15, n° 3, septembre 1997, 13-23)

national. Dans le contexte d'une économie libérale intégrée, il devient un instrument de contrôle des ressources pour la Communauté et un moyen de régulation des échanges internationaux⁷¹¹.

248. L'application du principe à de telles décisions appelle, à son tour, la reconnaissance des droits qui en découlent⁷¹². Ce que l'on observe ici, c'est moins un procédé analogique qu'un processus d'*extension par scissiparité*⁷¹³. Ce mot désigne une « reproduction asexuée par division simple de l'organisme »⁷¹⁴. A partir d'une première transplantation, il semble que le principe se divise et se reproduise lui-même: des droits naissent spontanément du principe général.

249. La formule qui s'impose désormais est la suivante: « *le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit communautaire qui doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure* »⁷¹⁵. Elle se substitue à celle-ci, traditionnelle: « le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des *sanctions*, notamment à des amendes et à des astreintes »⁷¹⁶. A cette formule s'attachait la doctrine⁷¹⁷, occultant le fait que l'arrêt de la Cour du 23 octobre 1974 aménageait déjà la possibilité d'une extension⁷¹⁸.

b) Deux interprétations

⁷¹¹ « Il n'est pas exagéré de dire que, pour une bonne part de son activité, la Douane actuelle a pour mission essentielle, non point tant de veiller à une correcte perception du droit de douane, que de s'assurer que les conditions de la non perception des droits sont bien remplies » (C.J. BERR & H. TREMEAU, *LE DROIT DOUANIER COMMUNAUTAIRE ET NATIONAL*, Economica, Paris, 4ème éd., 1997, 11).

⁷¹² Ainsi, le respect des droits de la défense implique non seulement le respect du droit d'être entendu, mais aussi le respect du droit d'accès au dossier, qui en est indissociable. Telle est la conséquence tirée par le Tribunal dans la procédure de remboursement des droits à l'importation, où seul le droit d'être entendu avait jusque-là fait l'objet d'une consécration (TPICE, 19 février 1998, *Eyckeler & Malt/Commission*, T-42/96, pts 79 à 80, II-425; TPICE, 17 septembre 1998, *Primex Produkte Import-Export e.a./Commission*, T-50/96, pts 57 à 72, II-3791-3795).

⁷¹³ Pour une utilisation de cette notion en droit public français, voir H.-M. CRUCIS, *LES COMBINAISONS DE NORMES DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE FRANÇAISE. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de juge de l'excès de pouvoir*, LGDJ, Paris, 1991.

⁷¹⁴ *Petit Robert. Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1991.

⁷¹⁵ CJCE, 24 octobre 1996, *Commission/Lisrestal e.a.*, C-32/95 P, pt 21, I-5396. Dans cette affaire, l'avocat général La Pergola affirme nettement: « Tout aussi dénuées de fondement nous paraissent les remarques formulées par la Commission sur le fait que la décision attaquée ne revêt pas le caractère d'une sanction et sur l'absence de règles de procédure concernant la protection en question des entreprises concernées ». Car « c'est la nature d'*acte faisant grief*, et non pas nécessairement celle de *sanction*, qui constitue la condition nécessaire et suffisante pour qu'un tel droit soit garanti au destinataire de l'acte » (I-5381).

⁷¹⁶ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, pt 9, Rec. 511 (nous soulignons).

⁷¹⁷ Voir not. A. PLIAKOS, *LES DROITS DE LA DEFENSE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1987, 140 et ss.; F.-C. JEANTET, *La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence*, RTDE, 1987, 53-67.

⁷¹⁸ Dans cette affaire, la Commission subordonnait le renouvellement d'une décision d'exemption accordée en vertu de l'ex-article 85 § 3 à des charges nouvelles. Pris en dehors de toute sanction, la Cour posait « la règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue » (CJCE, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint/Commission*, aff. 17/74, pt 15, Rec. 1080; *adde*: J. TEMPLE LANG, *L'affaire Transocean Marine Paint*, CDE, 1975, 286-291).

250. Mais, de cette évolution, deux interprétations peuvent être proposées. En un premier sens, c'est simplement le terme de « *sanction* » qui est élargi. A ce titre, il faut désormais compter les mesures qui retirent ou refusent un avantage: c'est l'hypothèse de la *restitutio*⁷¹⁹. Tout au plus faut-il réserver le jeu des considérations de gravité et d'efficacité: c'est ainsi qu'est jugée l'affaire *Windpark Groothusen/Commission*, concernant un programme de soutien financier de la Communauté⁷²⁰. Si la garantie du droit d'être entendu est refusée en l'espèce, ce n'est pas parce que la procédure a été engagée *par* le particulier plutôt que *contre* lui⁷²¹. Cette privation résulte plutôt du fait qu'« une telle manière de procéder est appropriée dans une situation où des centaines de demandes doivent être évaluées et ne constitue donc pas une violation du droit d'être entendu ». En outre, cette mesure de *refus* d'un support financier n'équivaut pas à une *réduction* d'un concours financier initialement octroyé: en l'espèce, il n'y a pas affectation de la situation juridique des requérantes qui ne disposaient d'aucun droit à l'avantage demandé⁷²². En dernière analyse, la protection s'impose dès lors que les personnes considérées « subissent directement les *conséquences économiques* de la décision » qui s'apparente à une sanction⁷²³.

251. A d'autres égards, les droits de la défense s'élargissent ici au principe du « *contradictoire* ». Ce que le principe organise dès lors, c'est une procédure contradictoire préalable au bénéfice de tout intéressé destinataire d'une décision prise en considération de sa personne, et non la seule faculté d'exercer des droits de la « défense »⁷²⁴. Vers cette interprétation semblent tirer les formules de l'arrêt *Technische*: les garanties procédurales s'imposeraient en principe dans l'élaboration de toutes les mesures impliquant l'existence d'un choix discrétionnaire et susceptibles d'affecter des intérêts individuels. La jurisprudence *Technische* peut-elle servir de « règle de jugement »⁷²⁵ pour reconstruire le droit positif selon de nouveaux critères et de nouvelles valeurs⁷²⁶?

⁷¹⁹ En ce sens, K. LENAERTS & J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community administrative Process*, CMLR, 1997, 535. Notons que la nouvelle réglementation en matière de marque communautaire tire clairement vers cette interprétation (Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JOCE 1994, L 11/1; Règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission du 13 décembre 1995 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 40/94, JOCE 1995, L 303/1; pour l'analyse, *infra* §§ 929 et ss.).

⁷²⁰ TPICE, 13 décembre 1995, *Windpark Groothusen/Commission*, T-109/94, II-3007; confirmé en cassation, CJCE, 14 mai 1998, *Windpark Groothusen/Commission*, C-48/96 P, I-2873.

⁷²¹ C'est ce que pouvait laisser croire un arrêt de la Cour du 6 juillet 1993, *CT Control*, C-121 et 122/91, I-3900. Mais la jurisprudence *Technische Universität München* et *France-Aviation* contreviennent clairement cette interprétation (voy., cependant, K. LENAERTS & J. VANHAMME, *op. cit.*, 536).

⁷²² TPICE, 13 décembre 1995, pts 48 à 50, II-3024; CJCE, 14 mai 1998, pts 47 à 49, I-2912; v. également les conclusions de l'avocat général Cosmas dans cette affaire: « le rejet d'une telle demande n'engendre aucune situation défavorable pour l'opérateur concerné et ne l'affecte pas de manière telle que l'institution dont émane la décision devrait l'entendre en tant que personne lésée » (§ 74, I-2893).

⁷²³ Voir ainsi TPICE, 6 décembre 1994, *Lisrestal/Commission*, T-450/93, pt 48, II-1196 (nous soulignons). Lors du pourvoi contre cet arrêt, l'avocat général La Pergola rappelle en ce sens « le principe fondamental selon lequel le particulier qui supporte les conséquences d'un acte de l'administration qui lui est expressément adressé doit être mis en mesure de faire valoir préalablement son point de vue » ([1996] I-5383).

⁷²⁴ Comp., en droit administratif français, O. SCHRAMECK, *Quelques observations sur le principe du contradictoire*, in *L'ÉTAT DE DROIT. Mélanges en l'honneur de Guy Braibanti*, Dalloz, Paris, 1996, 629-640.

⁷²⁵ Cf. F. EWALD, *L'ÉTAT PROVIDENCE*, Grasset, Paris, 1986, 908.

⁷²⁶ Cette opération semble répondre à l'exigence définie par Ota WEINBERGER suivant laquelle « *there remains always the necessity to judge the adequacy of the result of arguments per analogiam in the mind of the leading ideas and legal-political values of the system under consideration* » (*Interpretation and Analogy Re-considered*

252. On peut certes en apercevoir, dans la jurisprudence, un prolongement⁷²⁷. Mais il faut bien dire que ce n'est pas l'approche générale adoptée par la Cour et par le Tribunal. Si les références à cette jurisprudence sont nombreuses, c'est plus par égard à la qualité de sa formulation que pour la logique qu'elle présuppose⁷²⁸. Afin de déterminer les garanties de procédure reconnues aux particuliers, le juge procède généralement par voie « d'inclusion », de manière à replacer ces droits dans le cadre réglementaire et procédural de l'affaire en cause⁷²⁹. L'exigence de base légale reste fondamentale. Ce qui est une manière de rester lié au principe de la défense en réponse à une *sanction*, même si celle-ci est élargie.

B. L'extension administrative

253. Du sommet des principes fondamentaux, la protection procédurale est descendue jusqu'aux « sources secondaires » du droit communautaire⁷³⁰. Deux cas de figure sont envisageables: soit il s'agit d'actes produits par la Commission pour discipliner la procédure, soit il s'agit de dispositions internes considérées par le juge comme fondamentalement protectrices pour l'individu. Dans le premier cas, on verra le mouvement plus général d'une administration qui tend à s'autoréguler, dans le second une tentative d'approfondissement de la protection procédurale par le juge. Mais ces deux cas sont solidaires: la régulation interne est, le plus souvent, une réaction à des pressions extérieures, doctrinales et jurisprudentielles⁷³¹. A ces deux cas correspondent deux principes: le premier est l'adage *patere legem quam ipse fecit*, le second est la règle fondamentale de la protection des particuliers.

1. L'autorégulation procédurale

in the Mind of Neo-Institutionalism, Séminaire de l'EUI organisé par M. La Torre, « *Methodological Issues in a Changing Legal World* », Florence, 27 février 1998).

⁷²⁷ Telle est par exemple l'approche adoptée par le Tribunal dans l'affaire *Sytraval*, engageant la Commission à engager « un débat contradictoire » durant la première phase d'enquête dans la mesure où elle affecte les intérêts des tiers (TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, pt 78, II-2678). Mais nous verrons que cette jurisprudence sera contestée et annulée sur pourvoi (*infra*, §§ 461 et ss.).

⁷²⁸ La liste des arrêts qui la cite peut facilement être établie à l'aide du cd-rom "OJ". On s'apercevra qu'ils sont nombreux et qu'il y a parmi eux les arrêts importants de la matière. Mais il est vrai qu'« il y a un mystère dans le destin des décisions jurisprudentielles. Sans remonter jusqu'à l'arrêt Blanco, qui ne connut la gloire que trente ans après qu'il eût été rendu, telle, qui ne fait guère que redire ce que d'autres avaient dit avant elle, est considérée comme faisant date, telle autre, objectivement importante, n'éveille que peu d'échos et semble vouée à l'oubli » (J. RIVERO, *LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LES LIBERTES*, Economica, Paris, 1984, 71).

⁷²⁹ Voir, *inter alia*, TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR/Commission*, aff. jtes T-10/92, T-11/92 et T-15/92, II-2667; CJCE, 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, I-2487; TPICE, 9 novembre 1995, *France-Aviation/Commission*, T-346/94, II-2841.

⁷³⁰ L'expression est de D. SIMON (*LE SYSTEME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1998, 233).

⁷³¹ Notons que la doctrine communautaire regroupe trois catégories d'auteurs: les universitaires, les praticiens-avocats, enfin les juges et les fonctionnaires européens eux-mêmes qui, non contents d'agir, offrent leurs plumes à la doctrine, quand ce n'est pas à la théorie, du droit communautaire. C'est une des raisons pour lesquelles, dans le champ communautaire, le commentaire doctrinal est souvent un acte double: à la fois étude érudite et création juridique, à la fois descriptif et prescriptif.

254. L'autorégulation administrative est un phénomène bien connu des droits nationaux⁷³². Dans ce cadre pourtant, elle reste marginale. En droit économique communautaire, elle apparaît comme un nouveau mode de production du droit⁷³³. Il s'agit d'une « méthode intermédiaire » entre la réglementation générale et l'appréciation individuelle⁷³⁴. Elle se fonde sur l'expérience acquise à l'occasion des décisions individuelles et « en constitue en quelque sorte la traduction normative », ayant vocation à s'insérer dans le cadre réglementaire⁷³⁵.

255. La majorité de ces actes concernent la direction à donner aux politiques de la Commission. Mais d'autres concernent directement la protection des entreprises touchées par cette gestion et, en ce sens, ils touchent l'organisation de la procédure. Dans les systèmes juridiques anciens, tant de droit civil que de *Common Law*, « les cours (du moins les cours supérieures) sont investies du pouvoir d'édicter les règles de procédure qui doivent être suivies devant elles »⁷³⁶. En droit communautaire, la Cour définit ainsi ses propres règles de procédure⁷³⁷. On peut penser que les actes administratifs procéduraux relèvent de ce même processus d'élaboration « spontanée », tout en profitant d'un contexte favorable à l'autorégulation⁷³⁸.

⁷³² En droit administratif français, la technique des « directives » est reconnue depuis l'arrêt du Conseil d'Etat *Crédit foncier de France* (11 décembre 1970, Rec. 750); à ce sujet, P. DEVOLVE, *La notion de directive*, AJDA, 1974, 459-473; M. CLIQUENNOIS, *Que reste-t-il des directives? A propos du vingtième anniversaire de l'arrêt Crédit foncier de France*, AJDA, 1992, 3-11. En droit anglais, voir G. GANZ, *QUASI-LEGISLATION*, Sweet & Maxwell, London, 1987.

⁷³³ Voir l'étude générale de M-A. SANSON-HERMITTE, *La notion de source du droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence*, in *LE DROIT DES RELATIONS ECONOMIQUES INTERNATIONALES. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, 299-326; en matière de concentrations, voir F. SOUTY, *LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPEENNE*, Montchrestien, Paris, 1997, 100-101; en matière d'aides, G. DELLA CANANEA, *Administration by Guidelines: The Policy Guidelines of the Commission in the Field of State Aids*, in *STATE AID: COMMUNITY LAW AND POLICY*, I. Harder (ed.), Bundesanzeiger, Köln, 1993, 61-75.

⁷³⁴ M. MELCHIOR, *Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités*, in *MELANGES F. DEHOUSSE*, F. Nathan, Paris, Ed. Labor, Bruxelles, 1979, Vol. 2, 247.

⁷³⁵ Cf. G. TIMST, *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, RFAP, n° 78, 1996, 375-396.

⁷³⁶ G. ROUHETTE, *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès*, in *MELANGES P. REYNAUD*, Sirey, Dalloz, Paris, 1985, 688; voir, ainsi, W. H. SMITH, *Rule-Making Authority*, *The Cornell Law Quarterly*, Vol. 3, 1917-1918, 28-31; G. GORLA, *La « communis opinio totius orbis » et la réception jurisprudentielle du droit au cours des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles dans la « Civil Law » et la « Common Law »*, in *NEW PERSPECTIVES FOR A COMMON LAW OF EUROPE*, M. Cappelletti (ed.), Sijthoff-Bruylant, Leyden-Bruxelles, 1978, 45-71.

⁷³⁷ Lesquelles sont adoptées avec l'approbation du Conseil (Cf. J. RIDEAU, *L'Administration et le Fonctionnement de la Justice communautaire*, AEAP, 1991, 301-377). Voy. cependant les aménagements préconisés par la Cour et le Tribunal en vue de la Conférence intergouvernementale ouverte en janvier 2000, suggérant soit une procédure de modification autonome des règlements de procédure ou du moins avec l'approbation à la majorité qualifiée, et non plus unanime, du Conseil (Document de réflexion, *L'avenir du système juridictionnel*, juin 1999, RTDE, 529-549). En outre, il est intéressant de noter que cette pratique reçoit, dans la jurisprudence communautaire, la consécration d'un principe général découlant d'un droit fondamental. L'article 6 CEDH, et en particulier l'exigence d'indépendance du tribunal, implique la liberté de chaque tribunal d'appliquer ses propres règles de procédure en ce qui concerne confidentialité du dossier (TPICE, 19 mars 1998, *Gérard van der Wal/Commission*, T-83/96, pt 47: « Le droit de toute personne à être entendue équitablement implique, notamment, que les juridictions tant nationales que communautaires doivent être libres d'appliquer leurs propres règles de procédure en ce qui concerne les pouvoirs du juge, le déroulement de la procédure en général et la confidentialité des pièces du dossier en particulier »). Toutefois, cette notion judiciaire « d'indépendance » ne s'applique pas à la Commission, considérée comme un organe administratif. Son autonomie procédurale découle plutôt de sa fonction quasi-juridictionnelle.

⁷³⁸ Sur ce processus, voir les réflexions de G. FARJAT, *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 151-164.

256. Les rapports de la Commission n'ont, en droit, aucune force contraignante⁷³⁹. Mais dans la mesure où, dans le *Douzième Rapport sur la politique de la concurrence*, « en établissant une procédure d'accès au dossier dans les affaires de concurrence, la Commission s'est imposée à elle-même des règles dépassant les exigences formulées par la Cour », le Tribunal estime qu'« il y a lieu de relever que la Commission ne peut se départir des règles qu'elle s'est ainsi imposées »⁷⁴⁰. L'appel implicite à l'adage *patere legem quam fecisti* semble indiqué en l'espèce, car on se trouve en présence d'une véritable norme de protection, dont l'adoption avait d'ailleurs été annoncée⁷⁴¹. Le rapport cesse de n'avoir qu'une portée d'administration intérieure; il crée des droits pour les particuliers⁷⁴².

257. De même, c'est une Communication publiée au Journal Officiel du 23 janvier 1997 qui fixe les règles de procédure *interne* pour le traitement des demandes d'accès au dossier⁷⁴³. La Commission se livre ainsi à une interprétation des développements récents de la jurisprudence et de sa propre pratique. *Ce type d'acte lui permet de fixer sa propre "jurisprudence" dans un contexte déjà fortement normalisé*. Par là, la Commission propose une nouvelle interprétation normativement compatible avec ce contexte, tout en préservant ses intérêts fondamentaux. Ces actes s'insèrent parfaitement dans ce qu'on a pu appeler une « légalité réflexive » et une « conscience organisationnelle »⁷⁴⁴. Leur existence correspond au double souci de sécurité des particuliers et de moralisation de l'administration.

258. Il reste que toutes ces normes ont vocation à être intégrées dans le cadre réglementaire. « *Le droit informel (soft law), une fois élaboré, est susceptible d'être transformé en droit officiel (hard law)* »⁷⁴⁵: l'application systématique de la règle observée par F. Snyder paraît recommandable en matière procédurale, où le principe de sécurité juridique domine. Certes, en vertu de l'adage *patere legem*, ces règles s'imposent à l'administration. Mais, s'agissant d'actes

⁷³⁹ Les rapports sur la politique de concurrence sont publiés chaque année par la Commission afin de fixer l'évolution de la pratique administrative et faire le point sur les orientations futures de sa politique.

⁷⁴⁰ TPICE, 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, pts 52 et 53, II-1739-1740.

⁷⁴¹ Dans ce même Rapport, la Commission indique qu'elle a « concrétisé l'intention qu'elle a manifesté dans le Onzième Rapport d'aller au-delà des exigences formulées par la Cour en améliorant l'exercice des droits de la défense au niveau de la procédure administrative » (§ 34).

⁷⁴² Notons que la même solution a été adoptée concernant la Décision de la Commission relative à l'accès aux documents. Comme le législateur communautaire n'a pas adopté de réglementation générale relative au droit du public d'avoir accès aux documents détenus par les institutions communautaires, « il incombe [aux institutions communautaires] de prendre, en vertu de leur pouvoir d'organisation interne, les mesures nécessaires pour traiter les demandes d'accès ». En adoptant de telles mesures, dans la Décision 94/90 (JOCE 1994, L 46/58), la Commission a conféré aux tiers des droits que la Commission est tenue de respecter, « même si cette décision comporte effectivement une série d'obligations que la Commission s'est volontairement imposée à titre de mesures d'organisation interne » (TPICE, 5 mars 1997, *WWF UK/Commission*, T-105/95, pts 54 & 55, II-342-343).

⁷⁴³ Sur ce type d'actes, S. LECLERC, *Les communications de la Commission et le marché intérieur*, CDE, 1998, 161-175.

⁷⁴⁴ A propos des organisations économiques, G. TEUBNER, *LE DROIT, UN SYSTEME AUTOPOIETIQUE*, PUF, Paris, 1993, 101 et ss.; du même auteur, *DROIT ET REFLEXIVITE. L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1994, 46-47.

⁷⁴⁵ F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in *THE CONSTRUCTION OF EUROPE. Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer, Dordrecht, 1994, 214.

internes, il est possible à la Commission, à tout moment, de les écarter, pourvu qu'elle respecte les formes suivies pour les adopter⁷⁴⁶. En les insérant dans un Règlement. « il y a lieu d'assurer la compatibilité entre les pratiques administratives courantes de la Commission [dont relèvent ces actes] et la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes »⁷⁴⁷.

2. La protection juridictionnelle approfondie

259. Chaque institution communautaire dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour l'organisation interne de ses services. A ce titre lui est reconnue la possibilité d'établir son propre règlement intérieur. Quelle est la valeur juridique de ces textes? Un particulier est-il fondé à invoquer la violation par l'institution elle-même de son propre règlement intérieur? Dans une affaire d'antidumping *Nakajima*, la requérante allègue une méconnaissance de dispositions du règlement intérieur du Conseil lors de l'adoption d'un règlement instituant un droit antidumping définitif à son encontre⁷⁴⁸. La réponse de la Cour est nette: « le règlement intérieur d'une institution communautaire a pour objet d'organiser le fonctionnement interne des services dans l'intérêt d'une bonne administration »; « les personnes physiques ou morales ne sauraient se prévaloir d'une prétendue violation de ces règles, qui ne sont pas destinées à assurer la protection des particuliers »⁷⁴⁹. Assurément, il n'en résulte pas que ces textes ne peuvent revêtir la qualité de sources de droit⁷⁵⁰; mais leur invocabilité semble exclue pour les particuliers.

260. Cette conclusion est trompeuse. L'année suivant ce jugement, la deuxième chambre du Tribunal devait y revenir⁷⁵¹. Était invoquée, cette fois, une violation du règlement intérieur de la Commission. En vertu de l'article 12, premier alinéa, du règlement intérieur de la Commission, « les actes adoptés par la Commission, en séance (...), sont authentifiés, dans la langue ou les langues où ils font foi, par les signatures du président et du secrétaire exécutif ». Or, deux principes concourent selon le Tribunal à faire de cette disposition une règle essentielle de la procédure d'adoption d'un acte de la Commission. D'abord, elle « constitue un facteur essentiel de *sécurité juridique* et de stabilité des situations juridiques dans l'ordre normatif

⁷⁴⁶ Frédéric LOUIS rappelle qu'il semble que l'éventualité de revenir sur ses engagements en matière d'accès au dossier « ait été sérieusement envisagée au sein de la Commission, dans les années suivant l'arrêt *Hercules*, alors que les contestations concernant l'accès au dossier se multipliaient » (*La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?*, CDE, 1998, 48).

⁷⁴⁷ Règlement 2842/98, cons. (10) (pratiques anticoncurrentielles); Règlement 447/98, cons. (3) (concentrations); Règlement 659/199, cons. (3) (aides d'Etat).

⁷⁴⁸ CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima/Conseil*, C-69/89, I-2069. Ces dispositions visaient le délai prévu pour l'établissement de l'ordre du jour provisoire de la session du Conseil et la disponibilité de toutes les versions linguistiques le jour de l'adoption du règlement.

⁷⁴⁹ Ibid., pts 49 et 50, I-2183. Notons que, dans ses conclusions, l'avocat général Lenz accepte d'examiner le respect par le Conseil de ces dispositions, signifiant par là qu'il reconnaît le droit de la requérante de se prévaloir d'une prétendue violation des règles d'un règlement intérieur: violation qu'il estime cependant, après examen, non fondée [1991] I-2118-2119.

⁷⁵⁰ En ce sens, D. RITLENG, *LE CONTROLE DE LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 140-141.

⁷⁵¹ TPICE, 27 février 1992, *BASF e.a./Commission*, aff. jtes T-79, 84, 85, 86, 89, 91, 92, 94, 96, 98, 102 et 104/89, II-315.

communautaire », car elle permet de vérifier que le contenu de l'acte notifié au destinataire correspond à celui de l'acte adopté par le collège des commissaires⁷⁵²; elle assure, partant, que les règles de compétence et de forme, en particulier *l'obligation de motivation*, ont été respectées lors de l'adoption de l'acte⁷⁵³. Les motifs de l'acte sont portés à la connaissance de l'intéressé par la notification de l'acte, tels qu'ils ont pu être authentifiés. A ce point de vue, la motivation se trouve directement tributaire de la procédure d'authentification prévue à l'article 12. Cet article permet une « motivation authentique », qui assure qu'aucune modification ultérieure ne pourra être apportée. C'est le sens de l'appel du Tribunal à l'arrêt de la Cour *Technische Universität München*, dont il distingue le passage concernant la motivation⁷⁵⁴.

261. Il restait, après un rappel de la jurisprudence reconnaissant au règlement intérieur pleine valeur juridique⁷⁵⁵, à faire une mise au point sur la jurisprudence *Nakajima* :

« le Tribunal estime que cet arrêt doit, en réalité, être interprété comme signifiant qu'il convient de faire le départ, parmi les dispositions du règlement intérieur d'une institution, entre celles dont la violation ne peut être invoquée par les personnes physiques et morales, parce qu'elles ne concernent que les modalités de fonctionnement interne de l'institution qui ne sont pas susceptibles d'affecter leur situation juridique, et celles dont la violation peut, au contraire, être invoquée, dès lors que, comme c'est le cas de l'article 12 du règlement intérieur de la Commission, elles sont créatrices de droits et facteur de sécurité juridique pour ces personnes »⁷⁵⁶

En conséquence, la règle de l'article 12 est parfaitement invocable par les particuliers⁷⁵⁷. Elle doit être considérée comme une formalité substantielle, protégeant des « garanties fondamentales » des particuliers dans la procédure⁷⁵⁸.

262. *Là se trouve, au fond, la grande distinction.* Que ces dispositions assurent la protection des particuliers, elles sont considérées comme des droits, juridiquement invocables par les personnes physiques ou morales; mais ce ne peut être que l'exception. Qu'elles se bornent à régler l'organisation interne de l'institution, comme il est de règle, elles ne peuvent prétendre, au mieux, qu'au statut de sources de la légalité.

263. Cette solution est confirmée par la Cour dans son arrêt de pourvoi⁷⁵⁹. Elle déclare que « l'authentification des actes visés à l'article 12, premier alinéa, du règlement intérieur de la Commission constitue une forme substantielle au sens de l'article 173 du traité CEE, dont la

⁷⁵² Ibid., pts 72 et 75, II-354-355.

⁷⁵³ Aux points 75 et 76, le Tribunal développe un argument surabondant: l'authentification permet encore l'incorporation de l'acte dans l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire dans un « système qui repose sur la hiérarchisation des normes ». Trois principes généraux sont alors mobilisés: les principes de légalité, de sécurité juridique et de bonne administration (II-356).

⁷⁵⁴ Ibid., pt 73, II-355.

⁷⁵⁵ Mais sur ce rappel et le sens que lui donne le Tribunal, voir les Conclusions critiques de l'avocat général Van Gerven dans le pourvoi formé contre cet arrêt, 1994, I-2601-2602, pts 51 à 53.

⁷⁵⁶ Ibid., pt 78, II-357.

⁷⁵⁷ Ibid., pt 82, II-358.

⁷⁵⁸ Au point 73 (II-355), le Tribunal parle de « garanties fondamentales ».

violation peut donner lieu à un recours en annulation »⁷⁶⁰. Elle répond ainsi à la fois à la Commission qui voit dans ce « formalisme rigoureux » un « formalisme excessif »⁷⁶¹, et à son avocat général, qui ne discerne là qu'une simple « règle de diligence », qui doit être contrôlée au titre du principe de bonne administration⁷⁶². Cette solution a été confirmée⁷⁶³ et étendue à d'autres règles internes et protectrices⁷⁶⁴.

§ II. LES LIMITES DU PRINCIPE

264. De même qu'il admet une double extension, le principe admet deux limites, qui reflètent le caractère particulier du droit communautaire. Etant un droit *économique*, le principe connaît une limite dans sa portée, en intensité (A). Mais il est aussi limité en étendue, étant un droit *supranational*, lié pour sa mise en œuvre aux systèmes nationaux (B).

A. Une intensité limitée

265. On a pu présenter le « modèle juridique européen d'intégration » comme un modèle reposant sur la séparation de deux ordres supranationaux chargés de responsabilités propres, l'un assurant la protection des droits de l'homme dans l'espace juridique européen, l'autre animant la création d'un marché économique intégré⁷⁶⁵. Ces deux ordres peuvent paraître antagonistes, et, au

⁷⁵⁹ CJCE, 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, C-137/92 P, I-2555.

⁷⁶⁰ Ibid., pt 76, I-2653. Cependant, cette annulation pour motifs procéduraux n'a pas empêché en l'espèce la Commission de reprendre une décision analogue sur les mêmes motifs en respectant la procédure (Décision 94/599 du 27 juillet 1994, JOCE 1994, L 239/14).

⁷⁶¹ Ce sont les mots que l'avocat général prête à la Commission, § 46, [1994] I-2597; voir Commission des C.E., *XIIème Rapport sur la politique de concurrence* (1992), § 322. Selon la Commission, le règlement intérieur ne saurait donner naissance à des droits, d'autant plus que l'authentification serait « tombée en désuétude depuis longtemps » (Ibid., pt 32, I-2642): depuis au moins 25 ans, comme le reconnaissait la Commission dans deux articles de journaux britanniques en 1992 (*comm.*, Europe, 1995, n° 294).

⁷⁶² Ibid., pts 60 à 70, I-2608-2616. En l'espèce, d'ailleurs, la violation ne serait pas constituée.

⁷⁶³ Solution confirmée par le Tribunal dans l'affaire *Solvay*, l'authentification ayant été effectuée après la notification et même après l'introduction du recours contre la décision en cause (TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA/Commission*, aff. T-30/91, II-1845). Il convenait à nouveau de répondre à la Commission qui y voyait encore « un pur formalisme dénué de sens » (pt 34, II-1839). Sur pourvoi, la Cour déclare qu'il appartient au juge de soulever d'office un moyen tiré d'une authentification irrégulière et d'annuler, en conséquence, l'acte entaché d'un tel vice (CJCE, 6 avril 2000, *Commission/Solvay SA*, aff. jtes C-287 et 288/95 P, pt 55). C'est que l'authentification a « pour but d'assurer la sécurité juridique en figeant, dans les langues faisant foi, le texte adopté par le collège » (pt 42). Et c'est bien cette vigilance du juge à l'égard d'une formalité protectrice qui paraît être à l'origine d'une modification du règlement intérieur de la Commission (En ce sens, F. MARIATTE, *Règlement intérieur et procédure d'authentification des décisions*, Europe, 2000, n° 160).

⁷⁶⁴ Ainsi de la règle de la langue de la décision, suivant laquelle la décision adressée à une personne relevant de la juridiction d'un Etat membre doit être rédigée dans la langue de cet Etat, figurant à l'article 3 du règlement n° 1 du Conseil relatif au régime linguistique de la Communauté européenne, et de la règle de la collégialité figurant à l'article 27 du règlement intérieur de la Commission (TPICE, 27 février 1992, *BASF e.a./Commission*, aff. jtes t-79... 104/89, pt 59, II-349. CJCE, 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, C-137/92 P, pts 67 et 70, I-2651; dans le même sens, en ce qui concerne l'émission d'un avis motivé dans le cadre d'une procédure de constatation en manquement, CJCE, 29 septembre 1998, *Commission/Allemagne*, C-191/95, pts 41 à 51, I-5498-5500).

⁷⁶⁵ En ce sens, M. DELMAS-MARTY, *POUR UN DROIT COMMUN*, Seuil, Paris, 1994; A.-J. ARNAUD, *POUR UNE PENSEE JURIDIQUE EUROPEENNE*, PUF, Paris, 1991; K. LENAERTS, *Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue*, ELR, 1991, 367-390 (opposant le modèle américain et le modèle européen de protection

départ, ils le sont en effet. Un chaîne de concepts juridiques, même sous une forme vague, arrivera cependant à les réconcilier: ce sont les « droits fondamentaux ». Parmi ceux-ci figurent les droits de la défense, dérivés des garanties du procès équitable consacrées par la jurisprudence de Strasbourg⁷⁶⁶.

1. « L'absorption » de la logique des droits de l'homme?

266. Un silence discret et tranquille enveloppe les débuts de la construction communautaire en matière de droits fondamentaux. Ce silence ne passera pas longtemps inaperçu. Eloquence du juge à qui il revint d'abord de rejeter puis, suivant une logique propre, d'intégrer les patrimoines juridiques fondamentaux des Etats de droit nationaux au sein de l'ordre juridique communautaire⁷⁶⁷. Depuis lors, une jurisprudence abondante s'est développée⁷⁶⁸. Bien qu'il manque, à l'évidence, un fondement légal à la pénétration de la Convention dans l'ordre communautaire, la Cour s'est efforcé, depuis longtemps déjà, d'« éviter des solutions contradictoires »⁷⁶⁹. Ainsi a-t-elle utilisé la CEDH non comme une source formelle de la légalité communautaire, mais comme une source matérielle à travers la notion de principes généraux du droit⁷⁷⁰. On verra bientôt les références expresses se multiplier⁷⁷¹. Tout en jugeant que la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention⁷⁷², la Cour reconnaît de façon

des droits de l'homme); F. RIGAUX, *Théorie de l'intégration juridique européenne*, Cours de l'Académie européenne de Théorie du droit, FUSL, Bruxelles, 1994/95. Reste qu'il faut, bien entendu, compter avec un facteur de complexité supplémentaire: les systèmes nationaux (J. RIDEAU, *La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans les Etats membres des Communautés européennes*, Annuaire international de justice constitutionnelle, VII, 1991, 11-64).

⁷⁶⁶ Cf. F.G. JACOBS, *The Right to a Fair Trial in European Law*, European Human Rights Law Review, 1999, 141-154.

⁷⁶⁷ Cf. J.H.H. WEILER, *Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in *HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COMMUNITY: METHODS OF PROTECTION*, A. Cassese, A. Clapham & J.H.H. Weiler (eds.), vol. III, Nomos, Baden-Baden, 1991, 555-642. L'auteur montre bien que, bien plus qu'une position de principe contradictoire sur les droits de l'homme, c'est un même souci de protection de l'intégrité et de l'autonomie de l'ordre juridique qui guide le juge communautaire aussi bien dans la jurisprudence *Stork* de 1959 rejetant l'application des droits fondamentaux que, dix ans plus tard, dans la jurisprudence *Stauder* accueillant cette application.

⁷⁶⁸ Cf. J. RIDEAU, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection*, in *COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES ET DROITS FONDAMENTAUX*, L. Favoreu (dir.), Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, Economica, Paris, 1982, 411-451; B. DE WITTE, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in *THE EU HUMAN RIGHTS*, P. Alston (ed.), EUI, Oxford University Press, Oxford, 1999, 859-897.

⁷⁶⁹ Cf. F. PICOD, *Le juge communautaire et l'interprétation européenne*, in *L'INTERPRETATION DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, 289-334.

⁷⁷⁰ M.A. DAUSES, *op. cit.*, 401-424.

⁷⁷¹ Les références abondent à partir de 1995 (v. F. PICOD, *op. cit.*, not. 303-305).

⁷⁷² Dans un avis sollicité par le Conseil au titre de l'article de l'art. 228 § 6 CE [300 § 6] sur l'adhésion de la Communauté à la Convention, la Cour considère que celle-ci « entraînerait un changement substantiel du régime communautaire », d'une « envergure constitutionnelle » telle qu'« en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la convention » (CJCE (Avis 2/94), 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, pts 34 à 36, I-1789). Seule une révision des traités pourrait permettre de l'envisager. Or, sur ce point, l'accord des Etats membres fait défaut. L'élaboration actuelle d'une Charte par l'Union européenne semble confirmer que cette voie a été définitivement rejetée. Sur cette question, en général, J.H.H. WEILER & S.C. FRIES, *A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences*, in *THE EU HUMAN RIGHTS*, P. Alston (ed.), EUI, Oxford University Press, Oxford, 1999, 147-165.

constante que celle-ci revêt, dans la jurisprudence communautaire, « une signification particulière »⁷⁷³. De fait, les hypothèses de conflit paraissent limitées. En contexte juridique précaire, le mérite en revient à l'attitude sage et modérée des deux juridictions, à Strasbourg et à Luxembourg⁷⁷⁴.

267. Les formules jurisprudentielles ont reçu une consécration "constitutionnelle" dans le traité portant création de l'Union européenne du 7 février 1992. Ainsi se lit l'article F inséré par le traité de Maastricht: « *L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* »⁷⁷⁵. Le traité d'Amsterdam introduit dans la formulation une modification mineure. En son article 6, le Traité sur l'Union reproduit la disposition précédente, mais y ajoute un nouvel alinéa: « *L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres* ». Cela veut-il dire que le Traité d'Amsterdam se limite au « maintien pur et simple du statu quo », en continuité avec la jurisprudence passée⁷⁷⁶?

⁷⁷³ Cette qualification remonte à l'arrêt *Hoechst* du 21 septembre 1989 (aff. jtes 46/87 et 227/88), pt 13, Rec. 2923.

⁷⁷⁴ En ce sens, J. RIDEAU, *Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *L'UNION EUROPEENNE ET LES DROITS FONDAMENTAUX*, S. Leclerc, J.-F. Akandji-Kombé, M.-J. Redor (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1999, not. 101-103. Pour résumer la position de la CJCE, on serait tenté de transposer la solution retenue par G. Rouhette à propos de l'influence de la Convention dans la jurisprudence française, et de considérer que la jurisprudence de Strasbourg — laquelle « a pour mission de statuer sur l'interprétation de la Convention selon une procédure qui a toutes les allures d'un contrôle abstrait de normes dans l'intérêt de l'ordre juridique européen abstraitement défini » — influence l'interprétation de la Cour de justice dans des hypothèses semblables, non pas parce que la Convention est une source de droit hiérarchiquement supérieure, mais en fonction de ses qualités intrinsèques: importance de la matière, sagesse de la solution, continuité des orientations, etc. (G. ROUHETTE, *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès*, in *MELANGES REYNAUD*, Dalloz, Sirey, Paris, 1985, 698). Il est constant, d'autre part, que, en appliquant un contrôle indirect sur le droit communautaire, les organes de Strasbourg se sont montrés très respectueux du droit communautaire, allant jusqu'à accorder « un brevet de conventionnalité aux mesures luxembourgeoises d'exécution ». En jugeant la protection des droits de l'homme assurée par l'ordre juridique communautaire a priori et globalement satisfaisante, la Cour de Strasbourg est conduite à accorder une sorte d'immunité générale à l'ordre juridique communautaire et de s'auto-limiter dans son contrôle (J.-F. FLAUSS, *Actualité de la CEDH*, AJDA, 1999, 37; v. également Y. PETIT, *Médicament, droit français, droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme*, Europe, 1997, Chron. n° 4). Voy. cependant l'arrêt *Matthews* de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme entrée en fonction le 1er novembre 1998 (18 février 1999, *Matthews/Royaume-Uni*, req. n° 24833/94). Dans cette affaire très intéressante, la Cour de Strasbourg se présente comme la garante du « droit constitutionnel communautaire », considérant le Parlement comme « l'instrument principal du contrôle démocratique » dans la Communauté. Se plaçant sur un plan strictement constitutionnel, on ne saurait dire toutefois qu'elle remet en cause la jurisprudence précédente (pour l'analyse, A. POTTEAU, *L'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention et l'obligation des Etats membres de l'Union européenne de reconnaître le droit de participer aux élections au Parlement européen*, RTDH, 1999, 873-900).

⁷⁷⁵ Constamment cité depuis lors par le juge communautaire: en dernier lieu, TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 713.

⁷⁷⁶ En ce sens, P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, RTDE, 1997, 883-902; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ?*, Europe, 1998, Chron. n° 7.

268. Selon F. Sudre, au contraire, c'est l'annonce d'une « rupture ». Voisinant avec les formulations traditionnelles adoptées par la Cour de justice et le traité de Maastricht qu'il modifie de l'intérieur, cette disposition opérerait une véritable *absorption* de la CEDH⁷⁷⁷. Par là se manifeste une *inversion* de la logique de protection communautaire: ce ne sont plus les droits fondamentaux qui doivent être adaptés aux besoins et aux objectifs de la Communauté, c'est toute action communautaire qui doit être adaptée aux exigences du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Que l'approfondissement décisif de la protection communautaire se soit fait par une attention constante accordée aux concepts et à la jurisprudence de la CEDH, et par le sort fait à ces concepts reconnus en tant que principes généraux du droit communautaire, voilà la surprise et le progrès véritable, celui qui continue d'avoir le plus de prix. Il restait, toutefois, à en pousser le développement jusqu'à terme. Tel serait l'apport d'Amsterdam: de *limites*⁷⁷⁸, les droits fondamentaux deviennent *fondements* de l'action communautaire.

269. Frédéric Sudre parle justement d'une mutation. Là naît « un nouveau système de protection des droits de l'homme ». Et cette naissance se fait probablement aux frais du système concurrent auquel elle doit tant, celui du Conseil de l'Europe menacé, du fait de son élargissement, d'un abaissement de ses propres standards et méthodes de protection⁷⁷⁹. On peut brièvement lire les indices de ce « déplacement » en quelques traits: — par l'inscription du respect des droits de l'homme comme condition d'appartenance à l'Union européenne et la mise en place dans le traité d'une procédure de sanction des Etats membres de l'Union pour violation des droits de l'homme (art. 6-7, 49 UE); — par une référence directe à la CEDH dans le Protocole n° 29 sur le droit d'asile annexé au traité CE; — par l'insertion d'une clause générale de non-discrimination (art. 13 CE); — par la confirmation de la compétence expresse de la Cour de justice pour garantir les droits fondamentaux et le « patrimoine commun » (art. 46 d) UE)⁷⁸⁰; — par une utilisation de plus en plus directe de la CEDH par les requérants et par le juge communautaire⁷⁸¹. Il ne faut donc pas craindre de conclure à un très haut standard de protection. Par tous ces traits, le droit communautaire se donne « désormais pour objet la protection des droits de l'homme » en Europe.

⁷⁷⁷ En ce sens, F. SUDRE, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système de protection des droits de l'homme?*, JCP, 1998, I-100.

⁷⁷⁸ Pour une définition des droits de la défense en tant que « limites » (Conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire *Hoechst* (aff. jues 46/87 et 227/88), § 26, [1989] Rec. 2880).

⁷⁷⁹ Interrogation encore largement théorique: cependant l'interprétation jurisprudentielle, centrale dans un système de protection fondé sur la coexistence de systèmes connaissant eux-mêmes une longue tradition de référence au respect des droits fondamentaux, a certainement atteint, avec la Cour européenne des droits de l'homme, un degré très élevé de sophistication: c'est l'héritage du « marckxisme » de la Cour (Cour européenne des droits de l'homme, 13 juin 1979, *Marckx/Belgique*, ser. A, vol. 31). Or, l'ouverture d'un système hautement complexe et homogène à des systèmes très divers et sans mémoire commune n'est-elle pas de nature à réagir sur la nature, le caractère et l'étendue des droits protégés?

⁷⁸⁰ Sur tous ces points, K. LENAERTS, *Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELBROECK*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, 423-457.

⁷⁸¹ Sur ce développement, F. ZAMPINI, *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire de la concurrence*, RMC, 1999, 628-647.

270. Lecture assurément généreuse. Mais là n'est pas son défaut principal. Sa force d'évidence et son unilatéralité sont ses faiblesses. Cette lecture est vraie dans une certaine mesure, mais elle ne suffit pas. Que la protection communautaire des droits de l'homme soit *fondamentale*, cela n'est pas douteux. Toutes les évolutions récentes confirment ce point. Seulement, le mot "fondamental" doit être compris d'une manière constamment ambiguë, indiquant peut-être la volonté générale d'affirmer la prééminence des droits fondamentaux, mais n'indiquant nullement que ces droits doivent toujours s'imposer. En fait, il faut distinguer. La question se divise en pratique.

2. Des droits absolus?

271. Le problème de la durée des procédures est un cas d'étude remarquable. Depuis quelques années déjà, certains auteurs suggèrent que la durée des procédures communautaires de concurrence ne satisfait pas aux exigences de la CEDH. Cette thèse fut reprise par une société de droit allemand à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance rejetant un recours qui tendait à l'annulation d'une décision de la Commission relative à une infraction à l'article 81 CE⁷⁸². La question soumise à la Cour portait sur la compatibilité du « contentieux concurrence » avec l'article 6 § 1 CEDH⁷⁸³. La requérante invoquait le principe du « procès équitable », lequel comprend le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue dans un « délai raisonnable ». Dans cette affaire, l'avocat général Léger conclut que le principe est « au nombre de ceux que votre Cour a pour mission d'assurer le respect ». Dans son arrêt, la Cour constate que la durée de la *procédure juridictionnelle* en examen a duré environ cinq ans⁷⁸⁴. En interprétant, « par analogie », la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle rappelle qu'« il y a lieu d'apprécier le caractère raisonnable d'un tel délai en fonction des circonstances propres de chaque affaire... »; or, en l'espèce, « force est de constater, tout en tenant compte de la relative complexité de l'affaire, que la procédure devant le Tribunal a dépassé les exigences liées au respect du délai raisonnable »⁷⁸⁵.

272. A première vue, cette solution confirme et prolonge l'arrêt rendu par le Tribunal le 22 octobre 1997⁷⁸⁶. Cet arrêt portait également sur la durée des procédures de concurrence. Le principe de l'article 6 CEDH était invoqué, jugé applicable, et le Tribunal notait de même que « le caractère raisonnable de la durée de la *procédure administrative* s'apprécie en fonction des circonstances propres de chaque affaire » par analogie avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Au final, cependant, il concluait à l'absence de tout caractère

⁷⁸² CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C-185/95 P, I-8412.

⁷⁸³ Cf. L. IDOT, *comm.*, Europe, 1999, n° 79.

⁷⁸⁴ Ibid., pts 21 et 28, I-8496-8498.

⁷⁸⁵ Ibid., pts 29 et 47, I-8499-8503. Cependant elle déclare, au point 49, qu'« en l'absence de tout indice que la durée de la procédure ait eu une incidence sur la solution du litige, ce moyen ne saurait aboutir à l'annulation de l'arrêt attaqué dans son ensemble » (I-8503). Solution critiquable, parce qu'elle relativise le poids réel des garanties de procédure déclarées protectrices.

⁷⁸⁶ TPICE, 22 octobre 1997, *SCK et FNK/Commission*, T-213/95 et T-18/96, II-1739.

excessif de la procédure, contrairement à la jurisprudence de la Cour⁷⁸⁷. Cela tient-il seulement aux faits différents des deux espèces? Intellectuellement, la jurisprudence ne suit-elle pas une même ligne dans ces deux affaires? Soyons attentif au raisonnement du Tribunal dans cet arrêt: « Le respect d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions à l'issue des procédures administratives en matière de politique de la concurrence constitue en effet un *principe général du droit communautaire* ». Dès lors, il n'est pas « *besoin de se prononcer sur l'applicabilité en tant que telle de l'article 6 § 1 CEDH aux procédures administratives de la Commission* »⁷⁸⁸. Il faut insister sur le fait que ce passage par un principe général du droit n'est ni un simple effet rhétorique ni un pur héritage dogmatique; c'est un passage obligé, qui a le sens d'une médiation. Or celle-ci n'est pas neutre. Elle ne signifie pas que la jurisprudence de la Cour refuse de se prononcer sur l'applicabilité de la Convention dans l'ordre communautaire: l'ensemble de la jurisprudence abonde dans le sens d'une reconnaissance et, on l'a dit, d'une incorporation. Elle signifie, plus profondément, que le contenu des droits fondamentaux en droit communautaire doit être interprété en tenant compte de leur contexte d'application: une différence significative entre les deux arrêts analysés tient au fait que le premier concerne la procédure juridictionnelle devant le juge, tandis que le second concerne la procédure administrative devant la Commission.

273. Ne peut-on soutenir cependant que l'arrêt de la Cour, postérieur, rectifie la jurisprudence du Tribunal sur ce point? Dans un arrêt récent, du 20 avril 1999, le Tribunal reprend sa jurisprudence traditionnelle sur les principes généraux du droit et déclare que « le caractère raisonnable d'une telle étape procédurale [vérifications administratives préalables à l'engagement de la procédure] doit s'apprécier en fonction des circonstances propres de chaque affaire et, *notamment*, du contexte de celle-ci, de la conduite des parties au cours de la procédure, de l'enjeu de l'affaire pour les différentes entreprises intéressées et de son *degré de complexité* »: finalement, ce dernier facteur est capital, et détermine le large pouvoir d'appréciation reconnu à l'Administration communautaire dans tous les secteurs de la régulation économique, et justifie le caractère raisonnable d'une procédure d'une durée de 52 mois⁷⁸⁹. La jurisprudence suivante ne fait que confirmer cette interprétation⁷⁹⁰.

274. En droit communautaire, il importe de distinguer nettement entre les droits conférés aux individus devant les autorités administratives et les droits, formellement identiques, dont ils

⁷⁸⁷ Dans l'arrêt *SCK et FNK*, le Tribunal se livre à une évaluation de la durée de la procédure à chaque étape (de la notification des requérantes à la communication des griefs, de celle-ci à la décision prise, de cette dernière à la notification des griefs en vue de l'adoption de la décision finale, enfin de cette seconde communication des griefs à l'adoption de la décision litigieuse) mais en conclut à l'absence de tout caractère excessif dans la durée de la procédure.

⁷⁸⁸ Ibid., pt 56, II-1764 (nous soulignons).

⁷⁸⁹ TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029, pts 111 à 135.

⁷⁹⁰ Ainsi, en matière de FSE, concluant au rejet du grief tiré d'une violation du principe du délai raisonnable, TPICE, 15 septembre 1998, *Mediocrurso/Commission*, aff. jtes T-180/96 et T-181/96, pts 61 à 68, II-3498; TPICE, 16 septembre 1999, *Partex/Commission*, T-182/96, pts 177 à 189, nep; en matière de concurrence, TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 709; constatant, cependant, la carence en cas de violation de l'exigence délai raisonnable pour prendre une décision à compter de la réception des observations du plaignant, en matière de pratiques anticoncurrentielles (TPICE, 9 septembre 1999, *UPS Europe*, T-127/98, pt 37, nep).

jouissent devant les juridictions. Sans doute le système conventionnel s'applique-t-il pleinement dans le système juridictionnel communautaire parce qu'ils partagent essentiellement le même objet: le procès équitable et la protection des droits individuels. Mais semblable application se heurte, au sein du système administratif, à un objectif différent: la réalisation de l'ordre public économique; là, il n'est pas dépassé d'affirmer que l'application des droits fondamentaux doit composer avec la nécessité d'assurer l'efficacité de l'action administrative. La question n'est plus celle de la compatibilité entre droit conventionnel et droit communautaire, mais celle de « la nature des droits individuels en droit économique européen »⁷⁹¹. On s'expliquera ainsi que la jurisprudence administrative communautaire paraisse, en certains cas, aller au-delà même de l'application de la CEDH. De ce paradoxe, l'arrêt *Orkem* est peut-être l'exemple le plus éloquent: après avoir repoussé la référence à la Convention en admettant, à tort, que celle-ci ne reconnaît pas explicitement le droit de ne pas témoigner contre soi-même, la Cour va plus loin et examine si ce droit ne fait partie des droits de la défense⁷⁹². C'est que, dans une telle hypothèse, il s'agit d'intégrer un droit *fondamental* dans le cadre d'une protection *administrative*.

275. S'il est vrai que les solutions récentes de la jurisprudence communautaire ont pour vocation de bouleverser le système juridique communautaire⁷⁹³, ce bouleversement doit être mesuré: le modèle politique de « la société démocratique », propre à la jurisprudence de Strasbourg, pose bien sa marque au sein de la jurisprudence de Luxembourg⁷⁹⁴; mais le système administratif communautaire étant avant tout un mécanisme de construction du marché commun, le véritable « système idéal » en reste la « prospérité économique »⁷⁹⁵ et « l'idée que le bon fonctionnement des mécanismes de marché constitue la meilleure organisation possible des

⁷⁹¹ Cf. H-W. MICKLITZ & S. WEATHERILL (eds.), « *Human Rights and Economic Rights — The Nature of Rights in European Economic Law* », in *EUROPEAN ECONOMIC LAW*, Dartmouth, Aldershot, 1997, 518-529. Il est devenu évident que les divergences entre les deux systèmes de protection qui peuvent se produire « seront généralement relatives plus au contenu à donner à un droit ou à une liberté qu'à l'existence de ce droit ou de cette liberté » (J. RIDEAU & J.-F. RENUCCI, *Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux: atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme*, *Justices*, n° 6, 1997, 104).

⁷⁹² CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, pts 30 à 33, Rec. 3350-3351. Ainsi, « le Tribunal ne perçoit pas de raisons de s'écarter de la jurisprudence de la Cour... La circonstance que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH aux personnes morales aurait évolué depuis le prononcé des arrêts *Hoechst/Commission*, *Dow Benelux/Commission* et *Dow Chemical Ibérica e.a./Commission*, précités, n'a, dès lors, pas d'incidence directe sur le bien-fondé des solutions retenues dans ces arrêts » (TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029, pts 419 et 420).

⁷⁹³ En ce sens, D. SIMON, *comm.*, *Europe*, 1999, n° 57.

⁷⁹⁴ La démocratie, au sens de la jurisprudence conventionnelle, suppose un ensemble de droits individuels; elle ne se résume pas au droit de vote et à une organisation politique, comme c'est le cas dans la doctrine classique de la démocratie (sur ce point, D. ROUSSEAU, *Libertés politiques et droit de vote*, in *DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX*, M. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (éd.), Dalloz, Paris, 1994, 261-272). Sur la notion de « société démocratique » selon le système du Conseil de l'Europe, F. OST, *Le concept de "démocratie" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *Le Journal des procès*, n° 124, 1988, 13-19; du même auteur, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: amorce d'un nouveau "ius commune" ?*, in *THE COMMON LAW OF EUROPE AND THE FUTURE OF LEGAL EDUCATION*, B. de Witte & C. Forde (eds.), EUI, Kluwer, Dordrecht, 1992, 683-720.

⁷⁹⁵ J.H.H. WEILER, *Idéaux et construction européenne*, in *DEMOCRATIE ET CONSTRUCTION EUROPEENNE*, M. Telò (dir.), Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, 99-122.

échanges »⁷⁹⁶. Dès lors, il n'est pas faux d'affirmer qu'il obéit à une logique propre, « objective, différente de celle des droits de l'homme »⁷⁹⁷.

276. Il ne ressort pas de cette analyse que le droit administratif économique serait soustrait aux progrès de la protection communautaire des droits fondamentaux. Il n'est pas douteux que ces droits ont désormais acquis une fonction autonome, objective, qui contraste avec les interprétations fonctionnelles dont ils ont pu, à l'origine, être l'objet⁷⁹⁸. On peut dire que les droits fondamentaux sont aujourd'hui « pris au sérieux » par la juridiction communautaire dans tous les domaines soumis à son contrôle⁷⁹⁹.

276b. D'après cette étude, deux points méritent d'être notés. Le premier est qu'une analyse abstraite et générale des rapports entre droit conventionnel et droit communautaire est totalement inopérante. En procédant ainsi, on n'obtient qu'une figure stylisée de ce qui se passe effectivement. Il faut raisonner par branches, par secteurs, et même par cas. Tant que l'on s'en tient à une conception formelle de l'autonomie des droits fondamentaux, les problèmes concrets que pose le droit communautaire restent insolubles. Car une telle conception occulte les conflits potentiels d'interprétation qui résultent de l'objet même de la protection. Parce que ces objets peuvent diverger, et que ces divergences se reflètent dans des techniques d'interprétation différentes, il n'y a rien d'incohérent à ce que des notions semblables n'aient pas, au sein du même système juridique, la même portée ni la même signification⁸⁰⁰. N'est-ce pas là, au demeurant, l'un des traits caractéristiques de tout système juridique complexe et évolué? En suivant cette interprétation, on verrait peut-être que c'est précisément parce que ce système est un

⁷⁹⁶ G DRUESNE, *DROIT ET POLITIQUES DE LA COMMUNAUTE ET DE L'UNION EUROPEENNE*, PUF, Paris, 4ème éd., 1997, 195.

⁷⁹⁷ F. PICOD, *op. cit.*, 306; D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, 189-190.

⁷⁹⁸ Voir ainsi les conclusions de l'avocat général Trabucchi dans l'affaire *Nold/Commission* (aff. 4/73), Rec. 515, justifiant des restrictions aux droits fondamentaux dans l'intérêt général du fonctionnement correct du marché commun et l'application des règles de concurrence. Une lecture attentive de la première jurisprudence montre que la Cour était plus guidée par un souci d'uniformité du droit communautaire, d'unité du marché commun et de supériorité de sa juridiction que par un souci de protection des droits individuels (J.H.H. WEILER, *Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in *HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COMMUNITY: METHODS OF PROTECTION*, A. Cassese, A. Clapham & J.H.H. Weiler (eds.), vol. III, Nomos, Baden-Baden, 1991, 555-642).

⁷⁹⁹ Cf. J.H.H. WEILER & N.J.S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" Seriously: *The European Court of Justice and Its Fundamental Rights Jurisprudence*, CMLR, 1995, 51-64 et 579-627. Cette analyse est une réponse circonstanciée aux tenants actuels d'une interprétation instrumentale des droits fondamentaux par la Cour de justice (J. COPPEL & A. O'NEIL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, CMLR, 1992, 669-692). Selon ces auteurs, la réception par la Cour de juridique consisterait en ce que le droit fondamental est transformé en instrument de l'intégration du marché: il perdrait ainsi tout contenu axiologique; ces droits, espaces fictifs de liberté, seraient prisonniers d'une logique marchande ou institutionnelle qui les dénature.

⁸⁰⁰ En ce sens, dans un autre contexte, N. MOLFESSIS, *LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT PRIVE*, LGDJ, Paris, 1997, 365. Ce point est en outre conforté par un exemple frappant fourni par J. RIDEAU. Analysant la question du champ d'application des droits fondamentaux et la contradiction entre les jurisprudences *Rutili* et *Cinéthèque*, il écrit: « L'explication de cette contradiction apparente réside sans doute dans la différence entre les objets de l'interprétation dans les deux affaires, la libre circulation des travailleurs impliquant un rapport plus étroit avec la Convention européenne des droits de l'homme que la libre circulation des marchandises » (*DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1999, 189).

système évolué qu'il n'a pas vocation à exercer une hégémonie sur les droits fondamentaux en Europe⁸⁰¹.

276c. Le second point est suggéré par l'étude érudite qu'Etienne Picard a consacrée à l'émergence des droits fondamentaux en France. Il affirme qu'à l'équivalence généralement admise entre « fondamentalité » et « absoluité », il faudrait répondre par un rapprochement, apparemment contre-nature, entre « fondamentalité » et « relativité »⁸⁰². Or, tel est l'essentiel, ce rapprochement tiendrait à la structure même de ces droits. Car, selon l'auteur, « les droits s'analysent en une *structure combinatoire* qui ne permet de conclure à leur possible fondamentalité qu'en fonction des termes et des modalités dont ces combinaisons s'établissent »⁸⁰³. De la sorte, « les conditions de la détermination exacte [du droit fondamental] et donc de sa portée précise sont nécessairement différentes selon la configuration de l'hypothèse où il apparaît ». Mais la méthode communautaire n'exige-t-elle pas précisément cela, que le sens d'un droit fondamental soit toujours réévalué en fonction de son destinataire et de son contexte d'application? Cette méthode présente, on s'en doute, pour l'analyse, des difficultés considérables parce qu'elle exige, pour la solution de chaque nouveau cas, un effort complet et entièrement nouveau d'interprétation.

277. Il peut paraître singulier d'insister sur les limites, alors même qu'une Charte des droits fondamentaux est sur le point d'être adoptée par l'Union européenne. Cependant, il n'est pas question d'abandonner l'idée de garanties *fondamentales*. Il est seulement recommandé d'abandonner l'analyse formelle et d'adopter « une appréciation chaque fois radicalement contextualisée »⁸⁰⁴.

B. Une étendue limitée

278. Système d'interprétation en droit communautaire, le principe général ne devient-il pas, comme A. Winckler paraît l'annoncer, « un système d'interprétation commun pour les droits nationaux eux-mêmes »⁸⁰⁵?

279. Guy Braibant a pu soutenir que « le droit communautaire est la continuation du droit national par d'autres procédures »⁸⁰⁶. Mais, en l'état actuel de l'intégration communautaire, la

⁸⁰¹ Une étude portant sur la jurisprudence rendue dans le cadre du contrôle des Etats membres pourrait en effet confirmer ce point. Particulièrement éloquente est la jurisprudence *Kremzow*, rendue au moment des négociations allant aboutir au traité d'Amsterdam (CJCE, 27 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, I-2625). La Cour s'est déclarée incompétente sur renvoi préjudiciel dans ce cas autrichien où il était question d'un juge accusé du meurtre d'un avocat, au motif que cette affaire n'avait autre rapport avec le droit communautaire que le fait que la personne condamnée était *citoyen européen* (sur ce cas, J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Jurisprudence en matière de droits fondamentaux*, CDE, 1998, 369-371). Sur cette question, on trouvera des éléments plus généraux d'analyse dans l'étude de F. PICOD (*op. cit.*, not. 311-314). L'auteur relève qu'il s'agit là encore de l'expression de « la prééminence de la logique communautaire », mais d'une logique d'effacement ici, plus que d'imposition.

⁸⁰² E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, 1998, n° spécial, 6-41.

⁸⁰³ Sur cette idée, d'un point de vue théorique, R. ALEX, *Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of Law*, Ratio Juris, 1994, 227-238.

⁸⁰⁴ O. DE SCHUTTER, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, RTDH, 1999, 850.

⁸⁰⁵ A. WINCKLER, *L'Empire revient*, Commentaire, 1992, vol. 15, n° 57, 22.

réciroque aussi est vraie. Il importe, dès lors, de savoir si le principe général des droits de la défense consacré par le droit communautaire doit s'appliquer dans les procédures nationales d'application des règles communautaires. Problème plus difficile qu'il n'y paraît. Une seule chose est certaine: c'est que, hors du champ du droit communautaire, l'action de l'Etat membre relève uniquement de l'ordre juridique et procédural interne. Ainsi, en présence d'une infraction concernant une réglementation nationale qui se situe hors du champ communautaire, « la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur une éventuelle violation des principes relatifs à la protection des droits de la défense et au respect du contradictoire par des règles de procédure applicables à une telle infraction »⁸⁰⁷. Pour le reste, quelques explications préliminaires sont nécessaires.

1. Position du problème

280. Deux règles issues de l'ordre juridique communautaire s'avèrent pertinentes à cet égard. En premier lieu, une règle générale domine toutes les interventions des autorités nationales en application du droit communautaire, aussi variées soient-elles: le principe dit de « l'autonomie institutionnelle des Etats membres ». Il en résulte, écrit J. Rideau, que « les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques. La pratique des organes communautaires confirme cette constatation qui se dégage avec une vigueur particulière de la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes. Le principe, évident pour le droit non directement applicable, joue également pour les règlements éventuellement mis en œuvre "dans le respect des formes et des procédures du droit national..." »⁸⁰⁸. A ce principe s'en rattache un autre, dérivé, d'autonomie dite « procédurale », énonçant « la règle du renvoi à l'organisation et aux procédures juridictionnelles nationales pour assurer l'effet direct du droit communautaire »⁸⁰⁹.

281. En second lieu, la jurisprudence de la Cour a établi que les Etats membres sont tenus de respecter, lorsque leurs interventions entrent dans le champ du droit communautaire, soit pour l'appliquer, soit pour y déroger, les principes fondamentaux consacrés par l'ordre juridique communautaire⁸¹⁰. De ce que ce principe est érigé en norme fondamentale, il suit que son respect

⁸⁰⁶ *Intervention*, Conférence de l'Académie européenne de droit public sur les « Fondements du droit public moderne », Spetses (Grèce), septembre 1997 (v. REDP, 1998, vol. 10, n° 3).

⁸⁰⁷ CJCE, 13 juin 1996, *Maurin*, C-144/95, pt 12, I-2919.

⁸⁰⁸ J. RIDEAU, *Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire*, AFDI, 1972, 885.

⁸⁰⁹ Pour une présentation générale, J.-V. LOUIS, *La collaboration des Etats membres à la mise en œuvre du droit communautaire*, in *COMMENTAIRE MEGRET. Le droit de la CEE*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2ème éd., 1993, vol. X, 592.

⁸¹⁰ Cf. J. TEMPLE LANG, *The Sphere in which Member States are obliged to comply with the general Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, LIEI, 1991/2, 23-35. Cette question a son origine dans l'arrêt *Rutili/Ministre de l'Intérieur* de la Cour du 28 octobre 1975 (aff. 36/75, Rec. 1219) dans lequel est affirmée l'obligation des Etats membres d'exécuter les actes communautaires conformément aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire (pour une interprétation de l'arrêt et de l'évolution de cette matière, K. LENAERTS, *LE JUGE ET LA CONSTITUTION AUX ETATS-UNIS D'AMERIQUE ET DANS L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN*, Bruylant, Bruxelles, 1988, 583-588). Dans un arrêt rendu le 8 avril 1992, la Cour déclare que « lorsqu'un Etat membre invoque les dispositions du traité pour justifier une réglementation nationale qui est de nature à entraver l'exercice d'une liberté garantie par le traité, cette justification, prévue par le droit

ne s'impose pas seulement aux institutions communautaires, mais également aux autorités nationales en tant qu'agents d'exécution du droit communautaire.

282. Comment concilier ces deux règles? On dira simplement que les Etats membres sont libres de choisir leur modes d'application du droit communautaire pourvu qu'ils respectent des principes fondamentaux d'effet direct⁸¹¹. Position solide en règle générale. Mais qu'en est-il en matière procédurale, lorsque le principe invoqué est lui-même de nature procédurale⁸¹²?

a) Une protection juridictionnelle efficace

283. La question ne semble difficile que parce qu'elle est mal posée. Ne convient-il pas, en effet, de distinguer entre les *modalités techniques* de procédure, qui relèvent du principe d'autonomie procédurale, et le *principe* du droit au juge ou des droits de la défense, qui relèvent des droits fondamentaux? Quant au droit au juge, la réponse paraît s'imposer, sous une forme nuancée. Parce que l'autonomie étatique est un élément important dans la construction européenne, il faut savoir se faire accommodant et accepter que les droits nationaux aménagent leurs propres procédures juridictionnelles, comportant des voies spécifiques pour les particuliers; mais parce que l'application uniforme du droit communautaire est une "exigence fondamentale"⁸¹³, il faut aussi savoir trancher: lorsque ces procédures d'application se montrent incapables d'assurer l'effectivité des droits tirés du droit communautaire, il convient d'écarter le principe de l'autonomie et d'imposer la protection prévue par l'ordre juridique communautaire. Tel est le sens d'une jurisprudence désormais constante de la Cour. Elle affirme que des dérogations aux règles procédurales nationales doivent être prévues par les juridictions nationales lorsque ces règles constituent un obstacle à l'application du droit communautaire. Ces dérogations reposent sur la reconnaissance d'un principe fondamental: le « droit au juge »⁸¹⁴.

284. Il est impossible de saisir ce développement si on ne le met en relation avec la position plus générale de l'ordre juridique communautaire. Les théories particulières de l'effet direct, de la primauté et de l'autonomie du droit communautaire ont certes permis de créer un régime cohérent et stable de règles assurant l'existence et le fonctionnement de l'ordre juridique communautaire. Mais, liée avant tout aux besoins de l'existence objective de l'ordre juridique communautaire,

communautaire, doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux » (*Commission/Allemagne*, C-62/90, pt 23, I-2609); voir également O. DUE & C. GULMAN, *Community Fundamental Rights as Part of National Law*, in *SCRITI IN ONORE DI F.G. MANCINI*, C. Gulman (ed.), 1998, 422 et ss.

⁸¹¹ Ainsi, par exemple, des principes d'égalité, de proportionnalité, du respect de la vie privée (Cf. J.H.H. WEILER, *The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action*, in *DU DROIT INTERNATIONAL AU DROIT DE L'INTEGRATION. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, 821-842).

⁸¹² Semblablement en matière de procédure juridictionnelle, J. CAVALLINI, *LE JUGE NATIONAL DU PROVISOIRE FACE AU DROIT COMMUNAUTAIRE. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 242 et ss.

⁸¹³ Ainsi s'exprime la Cour dans le fameux arrêt *Zuckerfabrik*: « cette application uniforme est une exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire » (CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt 26, I-542).

⁸¹⁴ Cette expression appliquée au droit communautaire a été introduite par l'avocat général Darmon (conclusions présentées dans l'affaire *Johnston*, [1986] Rec. 1656). Cf. F. PICOD, *Le droit au juge en droit communautaire*, in *LE DROIT AU JUGE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (éd.), LGDJ, Paris, 1998, 141-170.

cette création demeurait inachevée. La théorie de la protection juridictionnelle efficace, élaborée par la Cour de justice dans les années quatre-vingt-dix, peut être vue comme un prolongement: à l'applicabilité directe et immédiate des *règles* du droit communautaire, elle ajoute la garantie d'une application juridictionnelle efficace des *droits* qui en sont issus. Cette théorie est donc encore une expression de la dimension "téléologique" de l'ordre communautaire: l'affirmation du droit au recours concourt à la pleine réalisation des objectifs fixés par le traité⁸¹⁵. Autrement dit, « lorsque le ressortissant communautaire demande au juge national compétent de faire droit à ses prétentions découlant de la mise en œuvre d'un droit que lui confère le traité, l'exercice de l'action civile se rattache de manière indissociable à la liberté même que l'ordre juridique communautaire a consacrée. Les règles de procédure des Etats membres, qui régissent l'exercice de telles actions, se situent dans la sphère communautaire, précisément parce qu'elles deviennent un instrument en vue de la réalisation des objectifs fixés par le traité »⁸¹⁶. C'est le « lien existant entre l'exercice des libertés communautaires et leur protection juridictionnelle » qui nécessite un aménagement du principe de l'autonomie procédurale.

285. Issu d'une telle évolution, le principe du droit au recours est désormais un droit autonome, élément fondamental de la Communauté de droit⁸¹⁷: « *c'est du reste la nature même du droit en question (le droit à la protection juridictionnelle des droits découlant de l'ordre juridique communautaire) qui, pour ainsi dire, se dote d'ailes et prend de la hauteur (et est par conséquent parfois taxé d'un certain angélisme). Ce droit, qui relève de la catégorie restreinte des droits fondamentaux, ne tolère aucune limitation ou condition et ne saurait par conséquent autoriser que son efficacité soit entamée par des assouplissements déterminés par certaines situations particulières dans l'un ou l'autre Etat membre* »⁸¹⁸.

286. A première vue, en matière administrative, le problème est le même: il y a d'un côté l'autonomie procédurale des droits nationaux, de l'autre un principe fondamental de procédure⁸¹⁹.

⁸¹⁵ Dès 1974, J. RIDEAU écrit que « le développement de la Communauté Européenne imposera sans doute l'harmonisation des voies de droit nationales ainsi que la mise en place de nouveaux mécanismes qui accentueront le rôle moteur de la CJCE dans l'intégration judiciaire européenne » (*Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux*, Dalloz, Chron. 1974, 147-158). Ce développement a été analysé dans sa signification actuelle par F. SNYDER (*The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, MLR, 1993, 19-53).

⁸¹⁶ Conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire *Hayes*, C-323/95, [1997] I-1715. En ce sens également, A. PLIAKOS, *LE PRINCIPE GENERAL DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFICACE EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Sakkoulas, Bruylant, Athènes-Bruxelles, 1997, 199; T. TRIDIMAS, *THE GENERAL PRINCIPLES OF EC LAW*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 276-312.

⁸¹⁷ Cf. J. RIDEAU, *Communauté de droit et Etats de droit*, in *MELANGES RENE-JEAN DUPUY. Humanité et droit international*, Paris, Pedone, 1991, 267.

⁸¹⁸ Conclusions de l'avocat général La Pergola présentées le 28 janvier 1997, note 8, [1997] I-1716. Voy. cependant l'hypothèse de l'octroi par le juge national de mesures provisoires dans un litige mettant en cause un acte national fondé sur un acte communautaire: celui-ci est soumis à des conditions plus sévères que lorsque l'acte en cause met en danger l'application du droit communautaire. Il faut en effet prendre en compte l'intérêt communautaire (l'intérêt de l'application du droit communautaire): CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, C-465/93, I-3781; *adde*: E. CHITL, *Misure cautelari positive ed effettività del diritto comunitario*, *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, n° 4, 333-340.

⁸¹⁹ Ainsi, A. PLIAKOS range le principe des droits de la défense sous la dynamique du droit au juge et ne peut que constater l'exception dont souffre, en matière administrative, ce-dernier (*LE PRINCIPE GENERAL DE LA PROTECTION*

Et cependant, les solutions diffèrent en pratique: le principe des droits de la défense est généralement écarté des procédures nationales de mise en œuvre.

b) Une protection procédurale effective?

287. Il est vrai qu'il existe certains cas où l'application des droits de la défense a été retenue dans les procédures nationales. Ils concernent essentiellement les mesures de restrictions apportées à la libre circulation des personnes par les Etats membres au nom de l'ordre public en interprétation de l'article 39 du traité et des règlements et directives pris pour sa mise en œuvre. Bien que les « droits de la défense » ne soient pas évoqués en tant que tels par la jurisprudence, le devoir des Etats membres de respecter des garanties procédurales a été constamment affirmé. L'arrêt *Rutili* marque le début d'une longue série d'arrêt en ce sens⁸²⁰. De la même manière, l'effet direct de l'exigence de motivation a été reconnu dans un célèbre arrêt *Heylens* rendu en 1987⁸²¹. La raison en est simple: c'est que le respect de ce principe est nécessaire pour assurer l'application effective du droit communautaire⁸²². En l'espèce, l'exigence de motivation apparaît comme l'une des conditions de l'effectivité du droit à la protection juridictionnelle et, par conséquent, de l'application effective du droit communautaire à la libre circulation des travailleurs.

288. En revanche, en matière de droit économique, l'application du principe des droits de la défense aux procédures nationales n'est, à proprement parler, qu'un argument de principe, soutenu par aucun objectif « structurel » de l'ordre communautaire. C'est ce qui apparaît clairement à l'étude des solutions jurisprudentielles.

JURIDICTIONNELLE EFFICACE EN DROIT COMMUNAUTAIRE, Sakkoulas, Bruylant, Athènes-Bruxelles, 1997, 203; 142 et ss.).

⁸²⁰ « Il apparaît [des dispositions de la Directive n° 64/221] que toute personne protégée par les dispositions citées doit jouir d'une double garantie, consistant dans la communication des motifs de toute mesure restrictive prise à son égard et dans l'ouverture d'une voie de recours; il convient de préciser que toutes dispositions doivent être prises par les Etats membres en vue d'assurer, à toute personne frappée par une mesure restrictive, la jouissance effective de cette double sauvegarde; cette exigence implique, notamment, de la part de l'Etat concerné, une communication à l'intéressé, au moment même où la mesure restrictive prise à son égard lui est notifiée, des motifs précis et complets de la décision, en vue de le mettre en mesure d'assurer utilement sa défense » (CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili/Ministre de l'Intérieur*, aff. 36/75, pts 37 à 39, Rec. 1233).

⁸²¹ Ayant à se prononcer sur un refus non motivé opposé par l'administration à un ressortissant belge, M. Heylens, titulaire d'un diplôme d'entraîneur de football obtenu en Belgique, d'exercer sa profession en France, la Cour a déclaré que « l'efficacité du contrôle juridictionnel, qui doit pouvoir porter sur la légalité des motifs de la décision attaquée, implique, de manière générale, que le juge saisi puisse exiger de l'autorité compétente la communication de ces motifs. Mais, s'agissant plus spécialement, comme en l'espèce, d'assurer la protection effective d'un droit fondamental conféré par le traité aux travailleurs de la Communauté, il convient également que ces derniers puissent défendre ce droit dans les meilleures conditions possibles et se voient reconnaître la faculté de décider, en pleine connaissance de cause, s'il est utile pour eux de saisir la juridiction. Il en résulte qu'en pareille hypothèse l'autorité nationale compétente a l'obligation de leur faire connaître les motifs sur lesquels son refus est fondé soit dans la décision elle-même, soit dans une communication faite ultérieurement sur leur demande » (CJCE, 15 octobre 1987, *Unecref/Heylens*, aff. 222/86, pt 15, Rec. 4117). Sur conclusions de l'avocat général Mancini: « Affirmer comme le fait la France, qu'en cas de recours l'administration doit expliciter les motifs de son refus est juste, mais insuffisant parce que, sans avoir connaissance de ces motifs, le ressortissant d'un autre Etat membre n'est pas libre de décider s'il fera usage de son droit de recours ». Il constate donc une « insuffisance de la seule protection juridictionnelle » (Rec. 4110).

⁸²² En ce sens, Conclusions de l'avocat général Gulmann dans l'affaire *Otto/Postbank*, § 24, [1993] I-5702.

2. Les solutions jurisprudentielles

289. Elles évoquent la spécificité du droit administratif communautaire par les deux types de procédures qu'on y rencontre: les procédures complexes et les procédures parallèles.

a) Les procédures complexes

290. Elles se caractérisent par une association de deux types d'autorités pour l'adoption d'un acte unique. Elles sont en quelque sorte le pendant procédural de l'acte complexe, connu en droit administratif français⁸²³.

291. a.1) L'affaire *Hoechst* a été considérée comme le « talon d'Achille » de la jurisprudence communautaire sur l'application des droits de la défense⁸²⁴. Une enquête associant la Commission et les autorités des Etats membres est une situation commune en droit communautaire de la concurrence. Il est moins commun, en revanche, de rencontrer une hypothèse dans laquelle les entreprises concernées refusent de se soumettre au contrôle de la Commission. En vertu de l'article 14 du Règlement 17, la Commission peut demander l'assistance des autorités nationales en vue de procéder à des recherches d'information et à des vérifications. Or, « il résulte que c'est à chaque Etat membre de régler les conditions dans lesquelles l'assistance des autorités nationales aux agents de la Commission est fournie. A cet égard, les Etats membres sont tenus d'assurer l'efficacité de l'action de la Commission tout en respectant les principes généraux susvisés. Il s'ensuit que, dans ces limites, c'est le droit national qui définit les modalités procédurales appropriées pour garantir le respect des droits des entreprises »⁸²⁵.

292. Ces principes généraux renvoient à l'exigence d'une « protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées »⁸²⁶. Mais c'est au droit national qu'il revient de l'assurer: « par conséquent, dès lors que la Commission entend mettre en œuvre, avec le concours des autorités nationales, des mesures de vérification non fondées sur la collaboration des entreprises concernées, elle est tenue de respecter les garanties procédurales prévues à cet effet par le droit national »⁸²⁷. A elle d'ordonner les vérifications et de fournir les éléments indispensables: « en revanche, il entre dans les pouvoirs de l'instance nationale d'examiner, après avoir constaté l'authenticité de la décision de vérification, si les mesures de contraintes

⁸²³ Cf. J. MOREAU, *A la recherche de l'acte complexe: l'exemple du droit public français*, Droits, n° 7, 1988, 75-84. L'auteur caractérise l'acte complexe « par la multiplicité des éléments qu'il englobe et par l'unité qu'il crée » (75).

⁸²⁴ En ce sens, D. CURTIN, *Constitutionalism in the European Community. The Right to Fair Procedures in Administrative Law*, in *HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTIONAL LAW. Essays in Honour of Brian Walsh*, The Round Hall Press, Dublin, 1992, 293-317.

⁸²⁵ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 33, Rec. 2928; voir également, CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a./Commission*, aff. jtes 97 à 99/87, pts 30 et 31, Rec. 3189.

⁸²⁶ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, pt 19, Rec. 2924 (nous soulignons).

⁸²⁷ Ibid., pt 34, 2928.

envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de vérification et de veiller au respect des règles de son droit national dans le déroulement de ces mesures »⁸²⁸.

293. Dans ses conclusions, l'avocat général Mischo a pu légitimement s'interroger dans ses conclusions sur l'intérêt d'instituer, dans de tels cas, un « mandat de perquisition européen » délivré, non par les autorités nationales compétentes, mais directement par la Cour de justice. Ce serait un moyen d'accentuer l'efficacité de l'action de la Communauté. Mais, en parallèle, ne faudrait-il pas instituer des principes procéduraux de protection communs? L'avocat général rappelle que « la validité des actes communautaires ne peut être appréciée qu'au regard du seul droit communautaire, et non en fonction d'une disposition de droit national, fût-elle de nature constitutionnelle. De la même façon, on ne saurait faire dépendre le respect d'un principe général du droit communautaire de notions et de normes tirées du droit national »⁸²⁹. Cette observation, visant le principe de proportionnalité, ne vaut-elle pas pour le principe des droits de la défense⁸³⁰? Il est vrai qu'il y a lieu de prendre en compte les considérations liées à l'autonomie procédurale. Mais cette précaution appelle seulement une distinction plus claire entre les modalités techniques de procédure et le principe fondamental des droits de la défense.

294. a.2) Qu'une telle distinction soit possible, c'est ce que démontre l'affaire *France-Aviation* jugée en 1995 par le Tribunal de première instance⁸³¹. La requérante est une société importatrice de pièces détachées d'aérodyne. L'administration douanière française intervient pour informer la requérante que le bénéfice du traitement tarifaire privilégié qui lui avait été accordé jusqu'alors serait supprimé. Alertée, la requérante décide d'introduire une demande de remboursement des droits à l'importation. La procédure de décision prévue par les textes est complexe: elle comporte une première étape au niveau national (dépôt de la demande par l'entreprise, premier examen par l'administration douanière), puis une étape au niveau communautaire, elle-même divisée en plusieurs phases (présentation de la demande à la Commission, examen de la demande par le comité des franchises douanières, consultation d'un groupe d'experts, décision de la Commission, notification à l'Etat intéressé). Au terme de la procédure, la Commission refuse le remboursement. Dans son arrêt, le Tribunal reconnaît que le respect du droit d'être entendu doit être garanti dans ces procédures⁸³². Dans la mesure où la Commission envisageait de rejeter la demande, « elle aurait le devoir de faire entendre la requérante *par les autorités françaises* » en charge du dossier initial⁸³³. Ce devoir n'ayant pas été rempli, « il s'ensuit que la décision attaquée a été adoptée selon une procédure administrative dans laquelle le droit de la requérante d'être entendue a été violé »⁸³⁴.

⁸²⁸ Ibid., pt 35, Rec. 2928. Cette jurisprudence a connu un prolongement récent en droit national (Cass. Com., 11 janvier 2000, *Pont à Mousson*, n° 97-30.109 P; Juris-Data 000197; L. IDOT, *comm.*, Europe, 2000, n° 115).

⁸²⁹ Conclusions de l'avocat général Misho, [1989] Rec. 2912.

⁸³⁰ En ce sens, A. PLIAKOS, *La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission des Communautés européennes: une issue heureuse?*, RTDE, 1995, 461.

⁸³¹ TPICE, 9 novembre 1995, *France-Aviation/Commission*, T-346/94, II-2841.

⁸³² Ibid., pt 34, II-2858.

⁸³³ Ibid., pt 36, II-2859 (nous soulignons).

⁸³⁴ Ibid., pt 38, II-2859.

295. Par ce jugement, la procédure nationale est tenue de se conformer aux droits de la défense. A l'administration communautaire qui prend la décision d'assumer la responsabilité juridique devant le juge communautaire des vices de procédure survenus au cours de la procédure, que ce soit au niveau national ou au niveau communautaire. Mais il faut alors — tel est le point essentiel — que ces vices soient jugés à l'aune du principe du contradictoire consacré par le droit communautaire, non à l'aune des exigences posées par le droit national. On a pu voir, dans ce cas, une première tentative de « fédéralisation de la procédure »⁸³⁵.

296. Il faut craindre, cependant, de la voir rester lettre morte. Dans deux arrêts successifs aux situations identiques, le juge ne donne aucune suite à cette jurisprudence⁸³⁶. Les droits de la défense ne concernent, en général, que l'audition devant la Commission. On peut penser que le Tribunal, reconnaissant pour la première fois dans l'affaire *France-Aviation* la valeur des droits de la défense dans les procédures de remboursement de droits de douanes, fut seulement enclin à suivre les demandes de la requérante. Une telle interprétation paraît, du reste, conforme à la célèbre jurisprudence *Borelli*, jugeant que « dans le cadre d'un recours introduit au titre de l'article 173 du traité, la Cour n'est pas compétente pour statuer sur la légalité d'un acte pris par une autorité nationale »⁸³⁷.

b) Les procédures parallèles

297. Ainsi désigne-t-on les procédures d'application mises en œuvre par des autorités nationales alors que des procédures communautaires sont ou peuvent être engagées par les autorités communautaires. Deux cas de figure sont envisageables: soit une application administrative, soit une application juridictionnelle des règles communautaires.

⁸³⁵ H. NEHL, *PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN EC LAW*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 90-91.

⁸³⁶ TPICE, 19 février 1998, *Eyckeler & Malt/Commission*, T-42/96, pts 86 à 88, II-427; TPICE, 17 septembre 1998, *Primex Produkte Import-Export GmbH/Commission*, T-50/96, pt 69.

⁸³⁷ CJCE, 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli/Commission*, C-97/91, pt 9, I-6333. Bien que le vice invoqué dans cette affaire soit substantiel et non procédural, un parallèle peut être tracé. Dans cette affaire, la Cour est saisie d'un recours d'une société italienne contre une décision de refus de la Commission d'accorder un concours financier demandé en matière agricole. Le système de décision mis en place en cette matière est complexe: une forme de coopération selon laquelle des actes des Etats membres s'entrecroisent avec des actes des institutions communautaires, qui se termine cependant par un acte final de la Commission. Est alléguée par la requérante l'illégalité d'un acte intermédiaire — l'avis national — qui aurait déterminé l'acte final — la décision de la Commission. Or, dans son arrêt, la Cour refuse de se prononcer sur la légalité de l'acte national, lors même qu'il lierait l'instance communautaire de décision: « Dans ces conditions, les irrégularités dont cet avis est éventuellement entaché ne peuvent, en aucun cas, affecter la validité de la décision par laquelle la Commission refuse le concours demandé » (pt 10). Cette conclusion a été vivement critiquée (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law: the Judgment of the Court of Justice in Borelli and Article 5 of the EC Treaty*, YEL, 1993, 19-37). Elle repose sur une conception formaliste du contrôle juridictionnel communautaire. Par là même, elle occulte la réalité substantielle de la procédure en cause et son caractère composite. Finalement, elle s'applique à diviser la procédure en deux, en indiquant vaguement la voie d'une harmonisation des standards nationaux de protection juridictionnelle (R. CARANTA, *Judicial Protection Against Member States: A New Jus Commune Takes Shape*, CMLR, 1995, not. 715-717). N'eût-il pas été préférable d'établir des conditions uniformes de légalité issues du droit communautaire et d'imputer la responsabilité de toute illégalité survenant au cours de la procédure à l'autorité qui prend la

298. b.1) Le problème soulevé dans l'arrêt de la Cour *Asociación Española de Banca Privada* du 16 juillet 1992 porte sur le respect du principe de confidentialité⁸³⁸. La Cour a admis, de longue date, la possibilité qu'« une même entente, en principe, [fasse] l'objet de procédures parallèles, l'une devant les autorités communautaires, en application de l'article 85 du traité CEE, l'autre devant les autorités nationales en application du droit interne »⁸³⁹. En l'espèce, la procédure engagée par les autorités de concurrence espagnoles fut engagée sur la base des informations communiquées de plein gré par les banques espagnoles à la Commission lors d'une enquête. La question était donc de savoir si la Commission était en droit de transmettre ces éléments d'information aux autorités nationales chargées d'appliquer les règles de la concurrence⁸⁴⁰.

299. Si, pour la Cour, il y a lieu de « prendre en compte l'économie générale du règlement n° 17 », il ne faut pas oublier les « principes généraux du droit communautaire, et notamment les droits fondamentaux »⁸⁴¹. Tels sont « les droits de la défense, qui doivent être respectés dès la procédure d'enquête préalable, [qui] exigent, d'une part, que les entreprises soient informées, lors de la demande de renseignements, comme le prévoit l'article 11, paragraphe 3, du règlement, des buts poursuivis par la Commission et des bases juridiques de la demande et, d'autre part, que les renseignements ainsi recueillis ne soient pas ultérieurement détournés du cadre juridique de la demande »⁸⁴². Il s'ensuit que les informations recueillies par la Commission ne peuvent être utilisées par les autorités nationales. Méconnaît-on ainsi le principe de coopération entre la Commission et les Etats membres? Non, dans la mesure où « ces Etats ne sont pas, en effet, tenus d'ignorer les informations qui leur ont été communiquées... Ces informations constituent des indices qui peuvent, le cas échéant, être pris en compte pour justifier l'ouverture d'une procédure nationale »⁸⁴³. Ainsi, les informations, une fois transmises aux autorités nationales, restent couvertes par le secret professionnel, et elles « ne peuvent être utilisées que pour apprécier l'opportunité d'engager ou non une procédure nationale »⁸⁴⁴. Ces documents ne serviront de preuve dans les procédures nationales qu'à la condition que leur existence soit établie « par les moyens de preuve propres du droit national *et dans le respect des garanties prévues par ce droit* »⁸⁴⁵.

décision, à savoir la Commission? C'est en tout cas la solution que la jurisprudence *France-Aviation* permettait d'envisager.

⁸³⁸ CJCE, 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, I-4785.

⁸³⁹ CJCE, 13 février 1969, *Wilhelm/Bundeskartellamt*, aff. 14/68, pt 3, Rec. 13-14.

⁸⁴⁰ Il n'importe que ce soit l'un ou l'autre, puisque dans les deux cas s'applique le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres (CJCE, 16 juillet 1992, pt 32, I-4831).

⁸⁴¹ CJCE, 16 juillet 1992, pt 30, I-4830.

⁸⁴² Ibid., pt 36, I-4832.

⁸⁴³ Ibid., pt 39, I-4833.

⁸⁴⁴ Ibid., pts 40 à 42, I-4833.

⁸⁴⁵ Ibid., pt 43, I-4834 (nous soulignons). Telle est également la conclusion de l'avocat général Jacobs. Il « incompatible avec l'orientation générale qui sous-tend la règlement n° 17 dans son ensemble (...) d'autoriser les autorités nationales des Etats membres à utiliser des informations librement fournies à la Commission » (Conclusions présentées le 10 juin 1992, § 26, [1992] I-4813). Les autorités nationales peuvent les prendre en compte; mais elles doivent effectuer leur propre enquête et recueillir leurs propres preuves. Cette solution est motivée par le souci de ne pas remettre en cause le système communautaire, qui repose pour une grande part sur la collaboration consentie des entreprises. Car s'il en allait autrement, cela « risquerait de dissuader les entreprises de s'adresser volontairement à la Commission » (§ 36, I-4817). Notons que cette solution est une

300. En tout état de cause, une interdiction formelle d'utilisation de ces informations au nom des droits de la défense n'eût servi à rien: une telle mesure n'aurait pas suffi pour provoquer une « amnésie aiguë » de l'administration nationale qui a pris connaissance de ces informations⁸⁴⁶. La séparation des procédures en matière de preuves, justifiée par le souci de préserver la règle du secret, doit donc être approuvée⁸⁴⁷. Mais ne fallait-il pas aller plus loin et imposer à l'autorité nationale de rechercher ses preuves dans le respect des droits de la défense consacrés par le droit communautaire?

301. b.2) L'arrêt *Otto* de la Cour de justice pose la même question, dans un autre contexte: ce principe dont la Cour reconnaît l'existence dans les procédures administratives s'applique-t-il aux procédures judiciaires nationales⁸⁴⁸? Rappelons les faits de la cause. En 1991, l'entreprise Otto introduit devant le tribunal d'arrondissement d'Amsterdam une demande d'audition de témoins impliquant la banque Postbank, conformément aux dispositions du Code de procédure civile néerlandais. Celle-ci objecte que cette audition l'obligerait à admettre l'existence d'une infraction aux règles communautaires de la concurrence. Le respect du Code néerlandais l'obligerait ainsi à violer un principe général du droit communautaire consacré par la Cour dans l'arrêt *Orkem*, le droit au silence. Dès lors, la question se pose dans les termes suivants: « l'article 5 impose-t-il au juge national saisi d'une requête l'invitant à ordonner une audition de témoins préalable à une procédure de droit civil, d'appliquer le principe selon lequel une entreprise n'est pas tenue de répondre à des questions lorsque la réponse que celles-ci exigent comporte la reconnaissance d'une violation des règles de concurrence? »⁸⁴⁹. On sait que l'ex-article 5 [10] impose aux Etats membres de remplir leurs obligations d'exécution des règles communautaires. Mais les oblige-t-il à respecter les principes des droits de la défense dans leurs procédures nationales ?

302. Selon l'avocat général Gulmann, « on ne peut pas déduire de la jurisprudence de la Cour une obligation générale des juges nationaux d'appliquer les principes de procédure du droit communautaire, lorsqu'ils appliquent des règles communautaires directement applicables ». En effet, « le principe de départ usuel est que les règles communautaires de fond qui sont directement applicables sont mises en œuvre, et leur respect assuré, par les administrations et juridictions nationales conformément aux règles administratives et de procédure fixées par le droit national »⁸⁵⁰. L'autonomie procédurale ne trouve de tempérament que dans « l'application effective du droit communautaire »; mais « personne dans la présente espèce n'a fait valoir que le respect du principe *Orkem* est nécessaire pour assurer l'application effective du droit

transposition de la solution retenue à l'égard de la Commission (CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux/Commission*, pt 19, Rec. 3155).

⁸⁴⁶ Telle est la réponse réaliste de la Cour (Ibid., pt 39, I-4833).

⁸⁴⁷ *Contra*: C.D. EHLERMANN, *Cooperation between Competition Authorities within the European Union*, in *ANTITRUST BETWEEN EC LAW AND NATIONAL LAW*, E.A. Raffaelli (ed.), Bruylant, Giuffrè, Bruxelles, Milan, 1998, 465-486. L'auteur juge cette solution trop restrictive et appelle à une distinction entre l'ex-article 214 et l'article 20 du Règlement 17, lequel devrait être modifié.

⁸⁴⁸ CJCE, 10 novembre 1993, *Otto/Postbank*, C-60/92, I-5683.

⁸⁴⁹ Telle est la teneur de la question préjudicielle telle qu'elle est rapportée par l'avocat général Gulmann, [1993] I-5697.

⁸⁵⁰ Ibid., I-5702.

communautaire en droit néerlandais »⁸⁵¹. Dès lors, « il faut de bonnes raisons pour exiger qu'un principe procédural d'un système juridique soit utilisé dans un autre système ». Or, « l'équilibre » du système procédural néerlandais serait en jeu. S'appuyant sur l'arrêt « *des banques espagnoles* » et sur l'arrêt *Hoechst*, l'avocat général conclut qu'on ne saurait exiger un traitement procédural uniforme des affaires de concurrence dans les Etats de la Communauté. En définitive, le défaut d'application du principe des droits de la défense « résulte de manière inévitable du fait que le traité a laissé le soin de faire respecter ses règles en matière de concurrence, d'une part, à la Commission, qui agit sur la base de règles fixées par le droit communautaire et, d'autre part, aux tribunaux nationaux qui tranchent les litiges sur la base des règles de procédure nationale »⁸⁵².

303. Cette distinction des procédures au détriment de l'uniformité de protection témoigne d'une grave confusion. On voit par ces formules que le droit au silence est assimilé à une simple modalité technique de procédure. *Est méconnu ainsi le caractère fondamental de ce droit, qui devrait le rendre inséparable de la disposition communautaire matérielle dont le juge a pour devoir d'assurer l'application correcte*⁸⁵³.

304. Le raisonnement de la Cour est ambigu. Elle relève à cet égard son attachement au principe de l'autonomie procédurale des Etats membres:

« Sous réserve du respect du droit communautaire et notamment de ses principes fondamentaux, c'est donc au droit national qu'il appartient de définir les modalités procédurales appropriées pour garantir les droits de la défense des intéressés. Ces garanties peuvent différer de celles qui s'appliquent dans les procédures communautaires. »⁸⁵⁴

La filiation avec la jurisprudence *Hoechst* est claire. Mais, pour interpréter ce passage essentiel de l'arrêt, il faut aller plus loin. Si le principe des droits de la défense ne peut être appliqué en l'espèce, ce n'est pas tant, selon la Cour, parce qu'il ne serait pas directement applicable au droit national, c'est plutôt parce qu'il ne pourrait être *transposé* à une *procédure civile* qui concerne les rapports privés entre particuliers: *le droit au silence est une « garantie (...) essentiellement destinée à protéger le particulier contre des mesures d'instruction ordonnées par l'autorité publique pour l'amener à admettre l'existence de comportements l'exposant à des sanctions pénales ou administratives »*⁸⁵⁵. Mais, selon L. Goffin, « on peut se demander s'il existe une différence essentielle entre une sanction à laquelle peut aboutir une procédure de la Commission et celle à laquelle peut mener une procédure civile nationale. Cette dernière ne peut également qu'aboutir à une condamnation de l'infraction et au paiement de dommages et intérêts »⁸⁵⁶.

⁸⁵¹ Ibid., I-5702-5703.

⁸⁵² Ibid., I-5705.

⁸⁵³ En ce sens, L. GOFFIN, *Le droit au silence. Le droit communautaire impose-t-il au juge national dans une procédure civile le principe selon lequel une entreprise a le droit de ne pas reconnaître la violation d'une règle de concurrence?*, CDE, 1994, 471.

⁸⁵⁴ CJCE, 10 novembre 1993, *Otto/Postbank*, C-60/92, pt 14, I-5712.

⁸⁵⁵ Ibid., pt 16, I-5712.

⁸⁵⁶ L. GOFFIN, *op. cit.*, 467.

L'essentiel, pour la Cour, est le respect de l'autonomie de la procédure nationale⁸⁵⁷. On le voit, le respect des droits de la défense le cède au principe de coopération entre la Communauté et les Etats membres⁸⁵⁸.

305. Notons que la question acquiert, aujourd'hui, une nouvelle actualité. La Commission semble décidée, depuis quelques années déjà, à renforcer la subsidiarité en matière économique. Aussi insiste-t-elle sur le rôle des autorités nationales spécialisées en droit de la concurrence⁸⁵⁹. Dans la perspective d'une décentralisation souhaitée par le Livre Blanc sur la modernisation de politique de la concurrence, une harmonisation des procédures et des garanties procédurales paraît souhaitable⁸⁶⁰. Selon un auteur, « si une certaine tendance vers la "légalisation" de la procédure était constatée au niveau communautaire, ce constat pourrait se répercuter aussi sur l'application indirecte (nationale) du droit communautaire, dont les procédures sont régies, généralement, par le droit national, faute de compétences communautaires y afférentes »⁸⁶¹. On peut le penser. En droit européen, un modèle de protection procédurale commune émerge d'un projet récent, mené sous l'égide de la Commission, qui prévoit une harmonisation des dispositions de droit et de procédure pénales en vue de garantir la protection des intérêts financiers de l'Union européenne⁸⁶². Cette proposition a un objet limité, mais la méthode peut facilement être étendue: il s'agit de définir des principes généraux qui puissent s'insérer dans tous les systèmes procéduraux nationaux, tout en maintenant un standard de protection élevé. La perspective la plus large serait de créer un « espace judiciaire européen, offrant aux citoyens européens et aux entreprises des garanties uniformes de transparence des procédures administratives et pénales, d'accès à la justice, de sanction effective du principe de légalité communautaire »⁸⁶³. Dans un cadre plus modeste, un premier pas serait franchi par une application jurisprudentielle des droits de la défense dans les procédures nationales d'application.

⁸⁵⁷ Mais ceci l'amène à ajouter, en réponse à l'argument de la requérante relatif à un éventuel « détournement de procédure », permettant à la Commission d'obtenir des informations qu'elle ne peut obtenir dans ses propres procédures: « Les informations obtenues dans le cadre d'une telle procédure nationale peuvent certes être portées à la connaissance de la Commission, notamment par une partie intéressée. Toutefois, (...) cette institution ne saurait utiliser ces informations comme moyen de preuve d'une infraction aux règles de la concurrence dans la cadre d'une procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, ou comme un indice justifiant l'ouverture d'une enquête préalable à une telle procédure. » (CJCE, 10 novembre 1993, *Otto/Postbank*, C-60/92, pt 20, I-5713). Pareille affirmation est inédite. Aurait-elle oublié la difficulté qu'il y a à imposer « une amnésie aiguë » aux autorités administratives?

⁸⁵⁸ En ce sens, L. GOFFIN, *op. cit.*, 470.

⁸⁵⁹ Cf. Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CE, JOCE 1993, C 39/6; Communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du traité CE, JOCE 1997, C 313/3.

⁸⁶⁰ En ce sens concernant les règles de traitement des plaintes, J. TEMPLE LANG, *Decentralized Application of Community Competition Law*, World Competition, 1999, 6. *Contra*, considérant que ce n'est ni le moment ni le sens de la subsidiarité souhaitée, C.D. EHLMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, CMLR, 2000, 582-583.

⁸⁶¹ Par « légalisation », l'auteur veut dire « codification » (D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, 343).

⁸⁶² Ce projet est maintenant publié par M. DELMAS-MARTY (dir.), *CORPUS JURIS*, Economica, Paris, 1997.

⁸⁶³ J. BOULOUIS & J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Préface* in C. HUGUENAU, *L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE EN DROIT INTERNE. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, IX.

Ceci aurait l'avantage d'assurer une protection procédurale pleine et entière, sans pour autant mettre en péril « l'équilibre » des systèmes nationaux⁸⁶⁴.

306. Conclusion. Ce qui apparaît plus généralement au terme de l'analyse, c'est que le système juridique communautaire ne peut être compris et analysé correctement qu'à partir des concepts et des principes juridiques que lui-même il se fixe et il découvre; ce sont ces découvertes que l'on redécouvre et qui permettent de juger de sa cohérence. C'est justement là — à ses sources non écrites — que le système montre ce qu'il refuse et ce qu'il accueille, tout ce qu'il assimile pour s'en démarquer. Sans doute son autonomie est-elle relative⁸⁶⁵; mais elle l'est pour lui seulement, selon ses propres techniques de réception.

307. Ni découvert, ni inventé, ce principe doit donc son existence à un « processus circulaire »⁸⁶⁶. Il réside à l'état latent dans les traditions juridiques d'un groupe de nations, d'où le juge l'a extrait par le travail de sélection, de réception et d'incorporation. Découvert donc, mais inventé en mesure égale⁸⁶⁷: il n'existe dans l'ordre communautaire qu'en vertu d'une opération pragmatique du juge qui les recueille et en administre la cohérence. Que le juge ait fait preuve « d'un pouvoir prétorien important » dans l'élaboration de ce principe, c'est incontestable⁸⁶⁸. Dans le choix qu'il opère, il « prend en effet en considération moins la nature commune d'un principe ou d'une règle que leur aptitude à entrer dans l'ordre juridique communautaire et l'aptitude de celui-ci à les accueillir... »⁸⁶⁹. En ce sens, il fait partie des principes qui sont dits « *supra-systematic* »⁸⁷⁰: supposés communs à tous les systèmes nationaux alors qu'en pratique la Cour les choisit, sur une base empirique, en fonction de leur compatibilité avec le caractère

⁸⁶⁴ Conclusions de l'avocat général Gulmann, [1993] I-5696.

⁸⁶⁵ En ce sens, F. ZAMPINI, *La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire »*, RTDE, 1999, 659-707.

⁸⁶⁶ Cf. F. EWALD, *L'ETAT PROVIDENCE*, Grasset, Paris, 1986, 509 et ss.. L'auteur analyse la création de principes généraux dans l'ordre interne.

⁸⁶⁷ On notera un rapprochement frappant avec la doctrine médiévisite si bien décrite par Ernst KANTOROWICZ, à condition toutefois de substituer le juge au législateur et le droit comparé au droit naturel: « L'art du législateur, déterminé par le droit naturel général, doit inventer le *particulare* du droit positif — c'est-à-dire l'application particulière du droit naturel général à un espace et pour un temps limités —, mais de telle sorte que le *particulare* reflète malgré tout le *generale* du droit de la nature. En d'autres termes, il fait à la fois plus et moins "qu'imiter la nature", car il "invente" » (*La souveraineté de l'artiste*, trad. de l'anglais par L. Mayali, in *MOURIR POUR LA PATRIE*, PUF, Paris, 1984, 39). Mais comp. la création du droit par le juge administratif français selon G. VEDEL: « Ce serait une erreur de voir dans la création du droit par le juge administratif une opération purement arbitraire. Le juge "découvre" le droit plus qu'il ne l'"invente". D'autre part, il ne s'agit pas pour lui de mettre en formules un droit naturel ou en tout cas préexistant » (*DROIT ADMINISTRATIF*, PUF, Paris, 3ème éd., 1964, 206).

⁸⁶⁸ Ainsi s'exprime le Bunderfassungsgericht allemand: « étaient des créations jurisprudentielles (...) l'élaboration de principes généraux du droit administratif par le Conseil d'Etat en France, par exemple, ou, en Allemagne, le droit administratif en général, de vastes pans du droit du travail ou les droits de sûreté et de garantie dans les relations commerciales relevant du droit privé. Les traités instituant les Communautés sont eux aussi à comprendre à la lumière d'une tradition et d'une culture juridique européennes communes. Il serait dès lors erroné de croire qu'il ne serait pas permis à la Cour de justice de recourir à la méthode d'élaboration prétorienne » (BVerfG, *Kloppenburger*, 8 avril 1987, cité par J. SCHWARZE, *Tendances vers un droit administratif commun en Europe*, RTDE, 1989, 239).

⁸⁶⁹ J. BOULOIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *MELANGES OFFERTS A MARCEL WALINE. Le juge et le droit public*, t. I, LGDJ, Paris, 1974, 154. 149-162

« instrumental » et « économique » du droit communautaire⁸⁷¹. Pour traduire cette part discrétionnaire, il n'est de meilleure expression que celle de « *méthode d'intégration sélective des sources* », qui suggère une adaptation de ces normes à la spécificité de l'ordre juridique communautaire.

308. Sous ce double aspect, le juge communautaire se présente comme *le produit* d'une histoire dont il ne fait pas partie, de même que, paradoxalement, *la source* de cette histoire. Dans les principes généraux du droit, on conçoit qu'il puisse trouver « *la mémoire d'un droit sans passé* »⁸⁷². On conçoit aussi qu'il soit à l'origine d'un phénomène de « rétroaction », qui permet aux principes communautaires, issus des traditions communes des Etats membres, d'influencer en retour les droits nationaux⁸⁷³.

SECTION III. LE CONTENU DU DROIT D'ETRE ENTENDU

309. Conséquence pratique la plus directe du principe des droits de la défense, le droit d'être entendu est d'application générale en droit économique⁸⁷⁴. La procédure de contrôle des pratiques anticoncurrentielles présente l'organisation la plus achevée. Les règles techniques peuvent être regroupées sous trois chapitres généraux: l'organisation générale de la procédure (I), la loyauté (II) et l'intelligibilité de l'audition (III).

§ I. L'ORGANISATION GENERALE DE LA PROCEDURE

310. A l'instar de la procédure judiciaire devant la Cour, la procédure administrative devant la Commission est organisée autour d'une grande distinction: écrit/oral. A la différence de la

⁸⁷⁰ J. BENOETXEA, *THE LEGAL REASONING OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 78.

⁸⁷¹ L.-J. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, 353.

⁸⁷² « Le droit communautaire est un droit sans passé reconnu, né d'un coup, comme Minerve sortit de la tête de Jupiter. Mais alors que Minerve sortit, toute armée, de la tête de dieu, le droit communautaire montre plus de ressemblance avec le Roi nu et qu'il s'agit d'habiller, au fur et à mesure, avec autre chose qu'avec des oripeaux » (J. MERTENS DE WILMARS, *Arguments de raison et arguments d'autorité dans la jurisprudence de la CJCE*, in *ARGUMENTS D'AUTORITE ET ARGUMENTS DE RAISON*, G. Haarscher & L. Ingber (dir.), Nemesis, Bruxelles, 1988, 73; L. AZOULAY, Mémoire de DEA, *La mémoire d'un droit sans passé*, F. Ost & J.J. Sueur (dir.), Nice-Bruxelles, 1994).

⁸⁷³ Sur ce phénomène de rétroaction, en dehors même du champ d'application du droit communautaire, T. KOOPMANS, *Towards a New 'Ius Commune'*, in *THE COMMON LAW OF EUROPE AND THE FUTURE OF LEGAL EDUCATION*, B. de Witte & C. Forder (eds.), EUI, Kluwer, Deventer, 1992, 43-51; S. FLOGAITIS, *Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de justice*, REDP, 1992, 291-307; J. SCHWARZE, *Tendances vers un droit administratif commun en Europe*, RTDE, 1993, 235-245; pour une vue plus réaliste et contrastée, J. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in *NEW DIRECTIONS IN EUROPEAN PUBLIC LAW*, J. Beatson & T. Tridimas (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1998, 147-167.

⁸⁷⁴ Art. 19 § 1 Règlement 17/62 (pratiques anticoncurrentielles); Art. 18 § 1 Règlement 4064/89 (concentrations); Art. 6 § 1 Règlement 659/99 (aides étatiques); Art. 6 § 5 Règlement 384/96 (antidumping).

procédure judiciaire, cependant, la procédure orale n'est point obligatoire⁸⁷⁵. Le principe est « qu'il est souhaitable que les différentes parties admises à présenter leurs observations le fassent par écrit, tant dans leur propre intérêt que dans celui d'une bonne administration, sans préjudice de la possibilité, le cas échéant, d'une audition orale pour compléter la procédure écrite »⁸⁷⁶. Le droit d'être entendu se conçoit avant tout comme un échange écrit. La réglementation communautaire associe donc les deux méthodes, mais établit une hiérarchie. Comme dans le contentieux administratif français, la supériorité de l'écrit s'impose pour des raisons techniques et pratiques. Si la forme orale se prête mieux à la discussion et à la persuasion⁸⁷⁷, elle a l'inconvénient d'être coûteuse, longue et incertaine.

311. La possibilité de présenter des observations écrites est conçue comme une réponse à la communication des griefs. Ce droit est offert en priorité aux « entreprises intéressées » au sens de l'article 19 § 1 du Règlement 17⁸⁷⁸. En ce cas, le terme d'audition doit s'entendre largement : visant non seulement le droit d'une réponse écrite mais aussi la possibilité d'une audition orale⁸⁷⁹. Il en va autrement pour les tiers, à l'égard desquels la Commission dispose « d'une marge d'appréciation raisonnable pour décider de l'intérêt que peut présenter une audition des personnes dont le témoignage peut présenter une importance pour l'instruction du dossier »⁸⁸⁰. En général, la procédure orale ne sera consentie qu'en cas où la demande en est faite et si elle susceptible d'apporter de nouveaux éléments aux faits de la cause et que si la Commission y trouve intérêt⁸⁸¹.

312. L'organisation de la procédure orale est désormais prise en charge par le conseiller-auditeur⁸⁸². Il sélectionne les parties ayant « un intérêt au résultat » devant être entendues. Il

⁸⁷⁵ Voir cependant la récente proposition de la Cour de mettre en place des procédures accélérées omettant la phase orale de la procédure dans certaines conditions (Document de réflexion, *L'avenir du système juridictionnel*, juin 1999, RTDE, 529-549).

⁸⁷⁶ Cons. 7 du Règlement 2842/98; Le Règlement 99/63 était plus impératif : les parties « doivent le faire par écrit » (Cons. 6); Cons. 13 du Règlement 447/98 (concentrations).

⁸⁷⁷ Non seulement « la parole est vivante » mais elle répond à des « exigences de spontanéité, d'immédiat et de simplicité » (M. CAPPELLETTI, *PROCEDURE ORALE ET PROCEDURE ECRITE*, Giuffrè Editore, Milano, 1971, 12, 17).

⁸⁷⁸ Ainsi, art. 2 du Règlement 2842/98 : « la Commission doit procéder à une audition des parties contre lesquelles elle a retenu des griefs ».

⁸⁷⁹ Art. 5 du Règlement 2842/98 : « la Commission donne aux parties contre lesquelles des griefs ont été retenus l'occasion de développer leurs arguments lors d'une audition orale ».

⁸⁸⁰ CJCE, 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB/Commission*, aff. jtes 43 et 63/82, pt 18, Rec. 57.

⁸⁸¹ L. ORTIZ BLANCO, *EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION PROCEDURE*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 195.

⁸⁸² Voir Art. 3 et 4 de la Décision 94/810 de la Commission du 12 décembre 94 relative au mandat des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures de concurrence devant la Commission, JOCE 1994, L 330/67. Notons qu'en matière d'antidumping, la Commission a mis en place à la suite de la jurisprudence *Al Jubail* des membres-auditeurs (*hearing officers*). En général, il s'agit d'un fonctionnaire de la section anti-dumping de la Commission. Cependant, comme il ne peut être désigné qu'à la demande des parties et, son existence étant peu connue et ses pouvoirs réduits, son intervention est rare (Cf. I. VAN BAELE & J-F. BELLIS, *ANTI-DUMPING AND OTHER TRADE PROTECTION LAWS OF THE EC*, CCH Europe, Illinois, USA, 1996, 720-721. Les auteurs reproduisent la note de la Commission datant du 26 mai 1992 donnant naissance à cette institution ainsi que son statut : il s'agit d'une sorte de conseiller-auditeur assistant à la procédure, mais dépourvu de tout pouvoir réel de direction). En outre, la procédure est conduite de manière informelle : il n'y a ni enregistrement ni procès-verbal (E. VERMULST & P. WAER, *E.C. ANTI-DUMPING LAW AND PRACTICE*, Sweet & Maxwell, London, 1996, 45). Au cours des travaux préparatoires au Cycle de l'Uruguay, les Etats-Unis demandèrent que la rédaction d'un procès-verbal soient imposée au cours des confrontations. Mais cette proposition ne fut pas suivie (P. DIDIER, *Le Code anti-dumping du Cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté*, CDE, 1994, 251-326).

organise et conduit les auditions. Sous sa direction, celles-ci comportent deux phases. La première est la « phase préparatoire », qui réunit les parties concernées ainsi que, le cas échéant, les services de la Commission⁸⁸³. Il a pour tâche d'aider les parties concernées à se préparer à l'audition, mais aussi d'orienter les débats afin de les rendre plus efficaces⁸⁸⁴. En cela, bien que « tiers », il demeure un «auxiliaire» de la Commission⁸⁸⁵. La seconde phase est la tenue de l'audition. Habituellement, le conseiller-auditeur ouvre la séance et donne la parole à un membre de la DG IV, appelé *rapporteur*, qui livre un résumé de l'affaire⁸⁸⁶. Ensuite, les entreprises concernées présentent leurs observations. La Cour de justice a eu l'occasion de rappeler, en leur défaveur, qu'elles ne devaient se saisir de la procédure orale que pour exprimer les divergences d'opinion que la réponse écrite a pu révéler⁸⁸⁷. L'organisation est telle que les questions sont généralement adressées par la Commission aux parties et non l'inverse⁸⁸⁸. L'audition se termine par l'intervention des autorités compétentes des Etats membres, qui est de droit⁸⁸⁹.

§ II. LA LOYAUTE DANS L'AUDITION

313. L'exigence de loyauté est sensible à deux niveaux: dans la gestion du temps (A) et dans l'utilisation des moyens de preuve (B).

A. Le temps de l'audition

314. Le principe d'une participation « utile » implique que les entreprises disposent d'un délai suffisant pour préparer et faire valoir leurs observations⁸⁹⁰. Il en va de la « sécurité juridique » des parties impliquées dans la procédure⁸⁹¹. Selon l'article 3 § 4 du Règlement 1842/98, c'est la communication des griefs qui fixe le délai pour les réponses écrites. L'article 14 impose à la Commission de tenir compte « du temps nécessaire à l'établissement des observations et de l'urgence de l'affaire ». Aucun algorithme ne peut résoudre une telle équation. Le règlement fixe

⁸⁸³ Art. 6 § 2 la Décision 94/810. Il peut fournir à cette occasion aux entreprises concernées une liste de questions au sujet desquelles il souhaite les entendre. Il peut demander que les déclarations envisagées par les personnes proposées par les entreprises concernées, experts ou témoins, lui soient préalablement présentées par écrit: ainsi il pourra vérifier leur compétence et l'opportunité d'admettre leurs interventions (C.S. KERSE, *E.C. ANTITRUST PROCEDURE*, Sweet & Maxwell, London, 2nd ed., 1994, § 4.30). Il décide la date, la durée, le lieu de l'audition et peut statuer sur un éventuel report de l'audition à la demande des parties. Il décide d'admettre la production de nouveaux documents, quelles seront les personnes entendues et suivant quel ordre.

⁸⁸⁴ Cf. Commission des C.E., *Dix-huitième Rapport sur la politique de concurrence* (1989), 54.

⁸⁸⁵ En ce sens, pour une critique, M. LEVITT, *Commission Hearings and the Role of the Hearing Officer: Suggestions for Reform*, ECLR, 1998, 404-408.

⁸⁸⁶ Par analogie avec le « juge rapporteur » qui, lors de la procédure judiciaire, ouvre la procédure orale par la lecture d'un rapport sur l'affaire jugée (art. 18 Statut CE de la Cour de justice).

⁸⁸⁷ CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, pt 33, I-3447.

⁸⁸⁸ C.S. KERSE, *op. cit.*, § 4. 31.

⁸⁸⁹ Art. 11 § 2 du Règlement 2842/98.

⁸⁹⁰ Comp. en général M.-A. FRISON-ROCHE, *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, in *LE TEMPS DANS LA PROCEDURE*, J.-M. Coulon & M.-A. Frison-Roche (dir.), Dalloz, Paris, 1996, 11-23.

⁸⁹¹ Cons. 12 du Règlement 2842/98.

une limite inférieure: en aucun cas il ne pourra être inférieur à deux semaines⁸⁹². Mais beaucoup dépendra des circonstances de l'affaire: de fait, la Commission est maîtresse du temps de la procédure. Le délai pourra ainsi être prorogé, à discrétion⁸⁹³.

315. Cependant, « il est évident que l'article 2, paragraphe 4 [Règlement 99/63], prévoit implicitement que la Commission doit fixer un *délai raisonnable* permettant aux entreprises défenderesses d'exercer pleinement et de manière effective les droits que leur attribue l'article 3 »⁸⁹⁴. Dans une affaire complexe, un délai de quinze jours pour les réponses écrites et une audition trois semaines après la notification des griefs pouvaient légitimement être contestées⁸⁹⁵. En revanche, un délai de deux mois, prorogé deux fois d'un mois, est jugé suffisant, notamment « s'il est comparé au délai de deux mois prévu (...) pour l'introduction du recours en annulation »⁸⁹⁶.

La qualification de « délai raisonnable » doit retenir l'attention. Elle évoque la lettre de la CEDH, récemment consacrée par la Cour dans le cadre des procédures judiciaires et administratives⁸⁹⁷. Elle appelle ici aussi le contrôle du juge⁸⁹⁸.

316. Au contraire, aucune obligation ne pèse sur la Commission quant au délai de comparution des parties lors de l'audition orale: « La Commission invite les personnes à entendre à assister à l'audition à la date qu'elle fixe »⁸⁹⁹. Il est avéré, à cet égard, que la Commission se montre assez

⁸⁹² Art. 14 du Règlement 2842/98.

⁸⁹³ Art. 14. du Règlement 2842/98. On notera cependant que, de manière tout à fait informelle, la Commission a décidé de « normaliser » les délais de réponse à la communication des griefs (*XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence* (1993), 127-128). Désormais, le délai pour les procédures normales s'élève à deux mois; il est porté à trois mois pour les cas compliqués; il est allongé de deux semaines à un mois durant les périodes de vacances. Pour les procédures accélérées comme dans le cas des mesures provisoires, le délai est fixé à deux semaines, sans prolongation. De plus, si une entreprise estime que le délai qui lui est imparti est trop court, elle peut en faire état dans une demande motivée auprès du conseiller-auditeur. Celui-ci aura en charge de l'informer par écrit de la décision prise (Art. 5 § 5, Déc. 94).

⁸⁹⁴ Conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *Commercial Solvents/Commission*, aff. jtes 6 et 7/73, [1974] Rec. 280 (nous soulignons). Signalons, en outre, qu'en matière de retrait d'emploi dans une affaire de fonction publique communautaire, la Cour a pu décider que la Commission doit respecter un délai suffisant pour permettre à l'intéressé de présenter ses observations (CJCE, 30 juin 1971, *Almini/Commission*, aff. 19/70, pts 13 à 17, Rec. 631).

⁸⁹⁵ Mais, dans cette affaire, ni l'avocat général ni la Cour n'en conclueront au vice de procédure aux fins de l'annulation.

⁸⁹⁶ TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 654.

⁸⁹⁷ Dans le cadre des procédures administratives, CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobiles/Commission*, C-282/95 P, pt 37, I-1543; TPICE, 22 octobre 1997, *SCF et FNK/Commission*, T-213/95 et T-18/96, II-1739; TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029, pts 111 à 135; dans le cadre des procédures juridictionnelles, CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH/Commission*, C-185/95 P.

⁸⁹⁸ Dans ce contrôle, différents facteurs pourraient être pris en considération: complexité de l'affaire en cause, par référence, par exemple, au nombre de parties impliqués, aux analyses techniques requises, capacité du défendeur à répondre rapidement, par référence à sa situation géographique, son accès aux faits, aux analyses, au conseil (voir, en ce sens et pour d'autres références, C.S. KERSE, *op. cit.*, 160).

⁸⁹⁹ Art. 11 du Règlement 2842/98.

sévère⁹⁰⁰. Les raisons en sont pratiques⁹⁰¹. Mais cette pratique a été approuvée par la Cour⁹⁰². Il est donc conseillé à l'entreprise, en cas de difficultés, d'en informer le conseiller-auditeur. Solution peu satisfaisante: l'octroi d'un délai de préparation n'est pas moins important dans cette seconde phase que dans la première. Une référence au « délai suffisant » ou « raisonnable » paraît nécessaire.

B. L'utilisation des moyens de preuve

317. Suivant l'article 4 § 2 du Règlement 2842/98, « les parties peuvent exposer tous les moyens et faits utiles à leur défense dans les observations écrites. Pour établir les faits invoqués, elles peuvent joindre en tant que de besoin des documents et également proposer que la Commission entende des personnes qui sont susceptibles de confirmer lesdits faits »⁹⁰³. Ces moyens peuvent être factuels, économiques ou légaux⁹⁰⁴. Il faut seulement que les documents et les arguments présentés soient fondés en droit et suffisamment clairs⁹⁰⁵. La procédure se veut *loyale*, mais *égale*: on ne peut exclure que la Commission retienne ces documents comme éléments de preuve à l'encontre de l'entreprise qui les lui a fournis⁹⁰⁶.

318. En outre, il est possible de citer à l'audition des parties tierces à l'appui des arguments des parties, soit des experts, soit des témoins ou toute autre personne susceptible de fournir des

⁹⁰⁰ Le règlement antidumping ne prévoit pas non plus de date spécifique pour la tenue de l'audition. Aussi bien peut-elle avoir lieu au début de la procédure, parfois après les vérifications dans la Communauté mais les vérifications à l'extérieur, parfois après toutes les vérifications, parfois juste avant l'imposition de droits provisoires mais parfois même après celle-ci! (Voir, par exemple, la procédure de la décision n° 303/96/CECA de la Commission instituant un droit antidumping définitif sur les importations dans la Communauté de certaines tôles dites « magnétiques », JOCE 1996, L 42/7; voir, en outre, pour plus de références, E. VERMULST & P. WAER, *op. cit.*, note 255). En revanche, les parties qui souhaitent être entendues, doivent en faire la demande dans le délai fixé dans l'avis d'ouverture publié au Journal Officiel (Art. 6 § 5 du Règlement 384/96).

⁹⁰¹ Aucune limite de temps n'est assignée à la tenue de la procédure orale. En règle générale, celle-ci ne durera pas plus de deux ou trois jours; le délai imparti à chaque partie pour s'exprimer ne peut dépasser deux ou trois heures (L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 202).

⁹⁰² Ayant à se prononcer sur le délai jugé insuffisant de douze jours assigné à la requérante pour comparaître devant la Commission, elle déclare que « si la requérante peut avoir été empêchée de se faire représenter devant la Commission à la date fixée par celle-ci, le nombre des personnes convoquées à cette occasion aurait rendu difficile pour la Commission de fixer des dates pour l'audition en fonction des exigences particulières de chacun des intéressés ». D'autre part, comme « rien n'aurait empêché la requérante de développer par la suite son point de vue par écrit et de le soumettre à la Commission », elle juge que le délai susvisé n'est pas de nature à entraver l'exercice des droits de la défense (CJCE, 14 juillet 1972, *Cassella/Commission*, aff. 55/69, pt 14, Rec. 913).

⁹⁰³ Voy. également art. 19 § 1 du Règlement 19/62.

⁹⁰⁴ En ce sens, TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter/Commission*, T-260/94, pts 67 et ss., II-1021. Le Tribunal rattache au respect des droits de la défense la possibilité pour la requérante de déployer non seulement des arguments « purement économiques » mais une argumentation portant sur les « aspects juridiques essentiels du cas d'espèce ».

⁹⁰⁵ Cf. C.S. KERSE, *op. cit.*, 159.

⁹⁰⁶ En ce sens, TPICE, 10 mars 1992, *Shell/Commission*, T-11/98, pt 59, II-787. Ce principe de l'égalité des armes s'applique également dans la procédure orale. C'est alors au conseiller-auditeur qu'il appartiendra éventuellement de décider si ces moyens nouveaux doivent être admis à l'audition. Mais, en toute hypothèse, les parties auditionnées ayant eu l'occasion de s'exprimer de manière approfondie et d'apporter des preuves sur ces éléments ne pourront se plaindre de ce que la Commission les utilise à l'appui de sa décision (CJCE, 7 juin 1983, *S.A. Musique Diffusion Française e.a./Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, pt 19, Rec. 1883).

informations favorables aux intéressés⁹⁰⁷. En principe, la Commission, juge et partie, peut refuser de les entendre; en pratique, il est de son propre intérêt de recueillir des informations qu'elles détiennent⁹⁰⁸. A l'égal, la Commission peut inviter toute personne, expert ou témoin, pour soutenir son point de vue⁹⁰⁹.

1. Le droit au silence

319. Durant cette phase, la Commission ne dispose d'aucun pouvoir coercitif à l'égard des parties auditionnées. Ici, à la différence de la phase d'enquête, les droits de la défense prédominent. Il s'ensuit qu'il est interdit à la Commission d'obliger les entreprises à répondre à la communication des griefs, à coopérer, ou de leur imposer des amendes au cas où elles ne le feraient pas⁹¹⁰. Le Tribunal a rappelé qu'un devoir de répondre « serait difficile à concilier avec le principe fondamental en droit communautaire du respect des droits de la défense »⁹¹¹. C'est ainsi qu'aucune participation orale n'est faite sous serment. L'idée générale est qu'il ne s'agit ni de juger ni d'extorquer des informations, mais plutôt de clarifier la situation; ce qui ne suppose qu'une seule chose: un engagement libre et loyal dans l'argumentation.

2. La confidentialité

320. Au terme de l'article 3 § 5 du Règlement 2842/98, « la Commission fixe le délai dans lequel les parties peuvent lui indiquer les éléments des griefs qui, selon elles, contiennent des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles »⁹¹². En ce cas, la procédure suivie est celle décrite dans la Communication de la Commission relative à l'accès au dossier dans les procédures de concurrence⁹¹³.

321. Les problèmes les plus délicats se posent lors de la phase orale. On verra une première garantie dans le fait que les auditions ne sont pas publiques. Ainsi, « chaque personne est entendue séparément ou en présence d'autres personnes invitées »; mais « dans ce dernier cas, il est tenu compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires et autres informations confidentielles ne soient pas divulgués »⁹¹⁴. Ainsi, il est possible de demander au

⁹⁰⁷ Il est conseillé à ceux-ci d'en faire la demande dans leurs observations écrites et d'en soumettre le projet au conseiller-auditeur. Celui-ci a dès lors la possibilité de demander que les déclarations envisagées par les personnes que les entreprises concernées proposent de faire entendre lui soit préalablement soumis par écrit (art. 6 de la Décision 94/810). En matière d'antidumping, bien qu'aucune disposition ne le prévoit, cette possibilité semble admise, même s'il est vrai qu'en certains cas la Commission a refusé d'entendre des témoins qui ne pouvaient être qualifiés de « parties intéressées » (en ce sens, E. VERMULST & P. WAER, *op. cit.*, 45, note 250).

⁹⁰⁸ S'il lui arrive de circonscrire et de limiter ces auditions, c'est uniquement semble-t-il pour des raisons d'organisation de la procédure et de temps... (L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 203).

⁹⁰⁹ Art. 9 § 3 du Règlement 2842/98.

⁹¹⁰ Même si, en fait, un refus est rarement opposé (L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 209).

⁹¹¹ TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti/Commission*, T-30/89, pt 38, II-1464.

⁹¹² Mais « si elles ne le font pas pendant le délai imparti, la Commission peut présumer que les griefs ne contiennent pas de telles informations ».

⁹¹³ JOCE 1997, C 23/3. Dans tout document envoyé à la Commission à l'appui de la réponse écrite ou de l'audition, les informations confidentielles doivent pouvoir être identifiées (art. 13 du Règlement 2842/98).

⁹¹⁴ Art. 12 § 3 du Règlement 2842/98.

conseiller-auditeur que les autres entreprises présentes quittent la salle durant l'audition des entreprises concernées. Une telle situation, de fait, n'est pas rare, les plaignants présents à l'audition étant souvent des clients ou des concurrents des entreprises interrogées⁹¹⁵.

§ III. L'INTELLIGIBILITE DE L'AUDITION

322. Une audition équitable doit être intelligible. Elle l'est à trois conditions: celle de pouvoir bénéficier d'une assistance (A), celle de pouvoir se comprendre (B), celle de pouvoir prendre connaissance des conclusions de l'audition (C).

A. Le conseil et la représentation

323. Valable lors de la phase écrite, l'assistance juridique est surtout utile lors de la procédure orale. A cet égard, le règlement de procédure dispose que « les personnes entendues par la Commission peuvent être assistées par leurs conseillers juridiques ou par d'autres personnes qualifiées admises par le conseiller-auditeur »⁹¹⁶. Elles ne peuvent se faire représenter que par des membres du « personnel permanent » de l'entreprise⁹¹⁷. C.S. Kerse en conclut que « la représentation par un juriste n'apparaît possible que s'il est employé de manière permanente par l'entreprise »⁹¹⁸. Cette règle distingue la procédure administrative de la procédure judiciaire devant la Cour⁹¹⁹. Distinction que la Cour juge fondée: la véritable raison d'être des règles de représentation est que « ces personnes sont le mieux informées des faits et des aspects techniques ou économiques de l'action de leur entreprise pouvant avoir une importance déterminante pour l'application des règles de concurrence »⁹²⁰. L'effectivité des règles de concurrence est clairement privilégiée⁹²¹.

B. La langue de la procédure

⁹¹⁵ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 208.

⁹¹⁶ Art. 12 § 2 du Règlement 2842/98. Comp. art. 9 § 2 du Règlement 99/63. Sur l'ambiguïté du rôle du conseil, partagé entre ethos de la profession, respect de l'intérêt public et défense de son client, voir A.J. RILEY, *European Competition Law: The Client v. the Public Interest*, ECLR, 1991, 39-45.

⁹¹⁷ Art. 12 § 1 du Règlement 2842/98.

⁹¹⁸ C.S. KERSE, *op. cit.*, 163.

⁹¹⁹ Les raisons en sont pratiques: la présence de juristes peut rendre la procédure longue et coûteuse. Mais elles soutiennent un choix de principe, qui est le refus d'une application du modèle « judiciaire » du contradictoire. Ainsi, dans la procédure judiciaire, dans le cas où le requérant est aussi avocat, il lui faut tout de même trouver un tiers pour le représenter devant la Cour (J. BOULOUIS & M. DARMON, *CONTENTIEUX COMMUNAUTAIRE*, Dalloz, Paris, 1997, 79). C'est l'objectivité due à la justice qui dicte cette règle (M.D. BAYLES, *PROCEDURAL JUSTICE. Allocating to Individuals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1990, 52).

⁹²⁰ CJCE, 14 juillet 1972, *BASF/Commission*, aff. 49/69, pts 10 et 11, Rec. 731.

⁹²¹ Rappelons que le droit de se faire assister par un conseil juridique a été reconnu comme faisant partie de « l'exigence fondamentale du respect des droits de la défense » au cours de la procédure disciplinaire en matière de fonction publique communautaire: il s'applique au droit de présenter des observations écrites ou orales comme au droit de citer des témoins (CJCE, 17 décembre 1981, *Demont/Commission*, aff. 115/80, pts 6 à 11, Rec. 3157).

324. Le respect de l'identité linguistique est une garantie fondamentale de l'individu dans l'ordre juridique communautaire⁹²². Au sein de toute procédure, cette garantie est essentielle, puisqu'elle assure la compréhension mutuelle⁹²³.

325. Certes, il est établi par le tout premier règlement du Conseil, adopté en application de l'article 290 du traité, que « les textes adressés par les institutions à un Etat membre ou à une personne relevant de la juridiction d'un Etat membre sont rédigés dans la langue de cet Etat »⁹²⁴. En droit de la concurrence, le Tribunal en a déduit que tant la décision que la communication des griefs doivent être adressées à leur destinataire dans la langue de la procédure. Mais, pour des raisons pratiques, les annexes à la communication des griefs, qui n'émanent pas de la Commission, ne sont pas soumises à cette obligation⁹²⁵.

326. Les textes procéduraux sont muets sur ce point. Il est vrai qu'en pratique la Commission offre, au cours de l'audition, une interprétation simultanée dans toutes les langues utilisées par les participants à la procédure. Chacun a ainsi la possibilité de s'exprimer dans sa propre langue⁹²⁶. Le défaut de protection formelle est toutefois susceptible d'entraîner des conséquences fâcheuses en certains cas. L'arrêt *Parker Pen/Commission* en est l'illustration. Dans cette affaire, la requérante faisait grief à la Commission de ne pas lui avoir fourni une traduction intégrale en langue anglaise du texte complet du procès-verbal de l'audition. Dans son arrêt, le Tribunal prend acte de ce qu'aucun texte n'oblige la Commission à assurer cette traduction. Ils ne constituent pas des textes émanant de la Commission au sens du premier règlement du Conseil. Dès lors que « la requérante a été en état de prendre utilement connaissance du contenu du procès-verbal, ce dernier ayant été signé par son conseil et son président, qui a émis comme réserve "signé uniquement pour les parties reportées en français et en anglais..." », et qu'elle « ne conteste pas avoir eu la possibilité de suivre ce qui a été dit au cours de l'audition », ce moyen doit être rejeté⁹²⁷.

327. Si, comme le suggère K. Lenaerts, la protection de la langue natale avait été élevée au rang de principe général du droit communautaire, il eût été possible d'en attendre un autre résultat⁹²⁸. A tout le moins, une révision des règlements procéduraux doit être préconisée. Non, comme on l'a aussi proposé, pour imposer une langue de procédure unique⁹²⁹, mais pour y inclure le droit à l'intégrité linguistique.

⁹²² K. LENAERTS & J. VANHAMME, *op. cit.*, 553-555.

⁹²³ M.-A. FRISON-ROCHE, *GENERALITES SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE (Droit processuel)*, Thèse Droit, Paris II, 1988, § 157.

⁹²⁴ Art. 3 du Règlement n° 1 du Conseil du 15 avril 1958 portant fixation du régime linguistique de la Communauté économique européenne (JOCE 17/385).

⁹²⁵ TPICE, 6 avril 1995, *Tréfilunion/Commission*, T-148/89, pt 21, II-1077.

⁹²⁶ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 206. Il en va de même au sein du Comité consultatif.

⁹²⁷ TPICE, 14 juillet 1994, *Parker Pen/Commission*, T-77/92, II-574; dans le même sens, TPICE, 19 mai 1999, *BASF/Commission*, T-175/95, pt 69, II-1605; TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pts 636 et ss, not. pt 643.

⁹²⁸ K. LENAERTS, *Procedures and Sanctions in Economic Administrative Law*, in 17. F.I.D.E. KONGRESS (BERLIN, 1996), J. Schwarze (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1997, note 117.

⁹²⁹ En ce sens, J. FERRY, *Quasimodo on an Off Day: Comments on EC Competition Procedure*, in ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM LAW INSTITUTE (1994), B. Hawk (ed.), Kluwer Law International, The Hague.

C. La connaissance des conclusions orales

328. L'article 9 § 4 du Règlement 99/63 a été remplacé par l'article 12 § 4 du Règlement 2842/98, qui dispose: « Les déclarations de chaque personne entendue sont enregistrées ». Techniquement, c'est un progrès: l'enregistrement remplace la transcription, ce qui permet la reproduction fidèle de toutes les déclarations de l'audition. Il s'agit d'un objectif énoncé dès le préambule du nouveau règlement, « considérant qu'il est opportun, afin de faciliter la bonne conduite de l'audition, de permettre que les déclarations faites par chacun soient enregistrées »⁹³⁰.

329. Dans la pratique antérieure, l'enregistrement ne se substituait pas, mais complétait la tenue d'un procès-verbal⁹³¹. En vertu de l'article 6 de la Décision 94/810, « le conseiller-auditeur veille à ce que les déclarations essentielles de chaque personne entendue soient consignées au procès-verbal qui, le cas échéant, sera lu et approuvé par elle ». Le but de l'approbation est de « garantir aux personnes entendues la conformité du procès-verbal à leur déclarations essentielles » (exigence de loyauté)⁹³². Mais, en même temps, il s'agit de s'assurer que les organes de décision, Commission et Comité consultatif, seront correctement informés du contenu essentiel des déclarations faites lors de l'audition au moment de la prise de décision (exigence d'objectivité).

330. Désormais, « une copie des déclarations enregistrées sera fournie à chaque personne entendue qui le demande »⁹³³. Il conviendra de vérifier que cette sélection a été effectuée avec soin. Dans les cas où les participants demandent des corrections ou ajoutent des commentaires à leurs déclarations enregistrées, il appartient au conseiller-auditeur d'y procéder: il en résulte un ensemble, partie intégrante du dossier auquel chaque partie peut avoir accès⁹³⁴.

331. Le Règlement 17/62 prévoit que, lors de la saisine du Comité consultatif, « seront annexés un exposé de l'affaire avec indication des pièces les plus importantes et un avant-projet de décision pour chaque cas à examiner ». En effet, « le procès-verbal de l'audition fait partie, en principe, des pièces les plus importantes au sens de l'article 10, paragraphe 5, du règlement n° 17 et doit dès lors être communiqué au comité lors de sa convocation »⁹³⁵. Dans une affaire *Buchler/Commission*, la requérante se plaint de ce que ces organes se seraient basés sur un texte

1995, 569; et, à propos de la langue de travail à utiliser au sein du Comité consultatif, voir la réponse de S. HELD, *EC Competition and Trade Law*, in *IBID.*, 584: « *it's easy for one who speak the working language as the mother tongue to say: let's have one working language* ».

⁹³⁰ Cons. 11 du Règlement 2842/98. Ce n'est là, au demeurant, que la légalisation d'une pratique instaurée par la Commission.

⁹³¹ Comp., en droit judiciaire, J. BOULOUIS & M. DARMON, *op. cit.*, § 202.

⁹³² CJCE, 14 juillet 1972, *ICI/Commission*, aff. 48/69, pt 29, Rec. 654.

⁹³³ Il faut noter que le nouveau règlement prévoit que « les secrets d'affaires et autres informations confidentielles seront éliminées avant communication d'une telle copie » (art. 12 § 4 du Règlement 2842/98).

⁹³⁴ Il possède en théorie le pouvoir de refuser certaines corrections qui ne seraient pas fidèles aux déclarations faites; en pratique, celles-ci concernent principalement des points de forme et non de fond (L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 210).

⁹³⁵ TPICE, 10 juillet 1991, *RTE/Commission*, T-69/89, pt 22, II-500.

non-définitif du procès-verbal, ne tenant pas compte des modifications proposées. Mais, selon la Cour, « le caractère non définitif du procès-verbal de l'audition soumis aux deux organes susvisés ne pourrait constituer un vice de la procédure administrative susceptible d'entacher d'illégalité la décision qui en constitue l'aboutissement que si le texte en question était rédigé de manière à induire en erreur sur un point essentiel »⁹³⁶. La seule communication du procès-verbal provisoire ne saurait constituer une illégalité; encore faut-il que ce document omette de consigner des éléments importants et nouveaux par rapport aux réponses écrites ou aux autres observations qui ont pu être consignées⁹³⁷; en ce cas, il appartient à la requérante de démontrer que la communication était susceptible d'empêcher les membres du comité de rendre leurs avis en pleine connaissance de cause⁹³⁸ ou la Commission d'être informée de toutes les données pertinentes avant de prendre sa décision⁹³⁹.

332. Le nouveau Règlement 447/98 en matière de concentrations ne comporte plus de référence à l'établissement d'un procès-verbal de l'audition. Que faut-il en conclure? Le Tribunal de première instance a fourni récemment une réponse inquiétante à cette question. La requérante contestait le fait que le procès-verbal n'avait pas été communiqué au comité consultatif et au collège des membres de la Commission. Or, le Tribunal considère qu'il ressort clairement des termes de l'article 15 § 15 de l'ancien règlement de procédure, demeuré inchangé, que :

« la Commission est simplement tenue de faire enregistrer les déclarations de chaque personne entendue pendant une audition formelle. En revanche, la Commission n'est pas tenue d'établir le procès-verbal d'une telle audition, à la différence de la procédure prévue à l'article 9, paragraphe 4, du règlement n° 99/63... »

« Il en découle également que la requérante n'est pas en droit de faire valoir qu'un tel procès-verbal aurait dû être communiqué aux membres de la Commission ou aux membres du comité consultatif avant l'adoption de la décision contestée. »⁹⁴⁰

Il y a tout lieu de craindre que cette solution sera étendue au domaine des pratiques anticoncurrentielles. Le Règlement 2842/98 élimine la référence au procès-verbal.

333. Conclusion. L'abondance des règles techniques ne doit pas cacher qu'elles procèdent toutes de la même inspiration. Dans son organisation générale, la procédure a toutes les apparences d'une procédure judiciaire. Mais, dans son esprit et dans sa mise en œuvre, elle traduit une défiance profonde à l'égard d'un tel modèle. Selon la Commission, l'audition est seulement le prolongement de l'enquête, qui enferme l'intéressé dans une double fonction: apporter des éléments d'information à l'enquête, assurer la sécurité et la légitimité de la décision. En tout cas, elle « ne saurait être l'occasion pour les parties de faire l'exposé complet de l'affaire. Elle se

⁹³⁶ CJCE, 15 juillet 1970, *Buchler/Commission*, aff. 44/69, pt 17, Rec. 755.

⁹³⁷ Voir TPICE, 10 juillet 1991, *RTE/Commission*, T-69/89, pt 23, II-500; TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, pt 37, II-785.

⁹³⁸ Ainsi TPICE, 24 octobre 1991, *Petrofina/Commission*, T-2/89, pts 44 et 45, II-1110. Même l'absence totale de procès-verbal n'est pas nécessairement décisive, bien qu'elle constitue « à première vue » la violation d'une forme substantielle (Conclusions de l'avocat général Warner présentées le 12 mars 1980 dans l'affaire *Distillers Company/Commission*, aff. 30/78, [1980] Rec. 2294-2295).

⁹³⁹ TPICE, 10 mars 1992, *Hüls/Commission*, T-9/89, pt 78, II-535.

présente plutôt comme une occasion d'éclaircir certains points non résolus au cours de la procédure écrite et de mettre en évidence les grandes lignes de l'affaire »⁹⁴¹. L'idée générale est que, lorsqu'elle doit décider de l'intervention d'une personne intéressée, la Commission « doit se demander si l'audition de la personne visée est susceptible de contribuer à éclaircir certains éléments de faits pertinents »⁹⁴².

334. La procédure n'est donc pas conçue comme un échange libre de vues et d'arguments. L'échange est organisé et encadré⁹⁴³. Aussi, le droit d'être entendu ne se confond pas avec un « droit d'entendre » : il suffit que la Commission fonde sa décision sur des éléments auxquels les entreprises concernées ont eu l'occasion de répondre⁹⁴⁴. De manière générale, les échanges contradictoires entre les parties et les plaignants ne sont pas favorisés⁹⁴⁵. De là aussi le fait qu'il existe une « hiérarchie » entre les personnes disposant du droit d'être entendu⁹⁴⁶.

Le rôle du juge est important pour protéger les garanties essentielles d'une audition équitable. Il essaie de rester fidèle, pourtant, à l'esprit de toute cette procédure, lequel est « objectif »⁹⁴⁷.

⁹⁴⁰ TPICE, 28 avril 1999, *Endemol Entertainment Holding BV/Commission*, T-221/95, pts 94 et 95, II-1333.

⁹⁴¹ Commission des C.E., *Onzième Rapport sur la politique de concurrence (1981)*, § 26.

⁹⁴² Commission des C.E., *Quatorzième Rapport sur la politique de concurrence (1984)*, § 115, 103 (s'appuyant sur l'arrêt de la Cour du 14 janvier 1984, *VBVB et VBBB/Commission*, aff. jtes 43 et 63/82, pts 17 et 18, Rec. 57).

⁹⁴³ « La procédure elle-même est menée par la Commission » (Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *AKZO Chemie/Commission*, aff. 53/85, [1986] Rec. 1969).

⁹⁴⁴ Sur ce point, TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pts 662 et 663, 664 et ss., 682 et ss. Dans cette affaire, le Tribunal reste insensible aux critiques formulées par les entreprises visées à l'égard du déroulement interne des auditions, tant qu'il n'est pas contesté que ces entreprises ont eu l'occasion de s'exprimer.

⁹⁴⁵ L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 214. En ce sens, le juge a eu l'occasion de rappeler que la procédure diligentée par la Commission « ne constitue pas une procédure contradictoire entre une entreprise plaignante et l'entreprise visée par cette procédure » (TPICE, 24 septembre 1996, *NALOO/Commission*, T-57/91, pt 275, II-1088; CJCE, 17 novembre 1987, *BAT et Reynolds/Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, pt 19, Rec. 4572). A cet égard, la procédure antidumping paraîtra plus ouverte. Celle-ci prévoit, en effet, des rencontres et des confrontations entre les parties adverses. Qui a le droit de demander de telles confrontations? Les précédents règlements de base visaient « les parties directement intéressées ». La Cour a déclaré que celles-ci devaient s'entendre « dans le sens que lui donne la Cour en matière de recevabilité des recours introduits contre un règlement antidumping », c'est-à-dire au sens de l'ex-article 173 CE (CJCE, 11 juillet 1990, *Sermes*, C-323/88, pt 43, I-3056). L'article 6 § 6 du Règlement 384/96 dispose que « à leur demande, des possibilités sont ménagées aux importateurs, aux exportateurs, aux représentants du gouvernement du pays exportateur et aux plaignants, qui se sont fait connaître conformément à l'article 5 paragraphe 10, de rencontrer les parties ayant des intérêts contraires pour permettre la confrontation des thèses opposées et d'éventuelles réfutations... ». En pratique, il apparaît que ce sont le plus souvent les parties extérieures, producteurs et exportateurs, qui demandent l'organisation de confrontations. L'industrie communautaire, au contraire, se montre très réservée (E. VERMULST & P. WAER, *op. cit.*, 46, note 259). Reste que, en pratique, les confrontations ont quasiment disparu.

⁹⁴⁶ C.-E. GUDIN, *Le droit d'être entendu dans les procédures communautaires (Application des règles de concurrence et contrôle des concentrations)*, RAE, 1994/4, 44.

⁹⁴⁷ Voy. *infra* §§ 678 et ss.

Chapitre II

LES PROGRES DU DROIT D'ETRE INFORME

335. Evoquer la transparence et l'information en droit de la concurrence, c'est soit se référer aux relations entre opérateurs économiques sur le marché, soit s'intéresser aux rapports entre opérateurs privés et autorité publique⁹⁴⁸. Sous ce second rapport, l'exigence d'information a connu un récent essor en droit communautaire. Elle concerne désormais toutes les phases de la procédure: non seulement la publication de la décision⁹⁴⁹, mais aussi l'engagement de la procédure contradictoire.

336. L'ouverture de la procédure administrative est une notion dont la pratique fait grand usage mais qui a été rarement considérée par la doctrine. Aussi bien ses contours ne sont-ils pas nettement définies. Cette étude invite à l'envisager sous l'un de ses aspects essentiels: son importance pour les garanties accordées aux particuliers tout au long de la procédure contradictoire. A cet égard, il semble qu'une doctrine cohérente et protectrice se dessine. Elle permet de concevoir cette étape comme un moment de la protection des droits de la défense: l'information initiale. Dès lors, les deux questions de la communication (I) et de l'accès au dossier (II) tendent à se rapprocher⁹⁵⁰. Une évolution se fait sentir, qui culmine dans la reconnaissance d'un principe d'égalité des armes.

SECTION I. LA COMMUNICATION DES GRIEFS

337. La communication des griefs réalise « le passage du non-droit (l'enquête préalable non réglementée) au droit (la phase d'instruction proprement dite, soumise au règlement n° 17/62) »⁹⁵¹. Dans toutes les procédures économiques organisées en deux phases distinctes, cet acte, ou son équivalent, tient une place importante parmi les règles de procédure. Il en est ainsi en matière de concentrations⁹⁵², de contrôle des aides⁹⁵³ et des entreprises publiques⁹⁵⁴, d'antidumping⁹⁵⁵.

⁹⁴⁸ En ce sens, L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 121-122.

⁹⁴⁹ Ibid., 123. L'auteur note que « la Commission mène une politique de publication tout à fait remarquable » et en étudie les modalités pratiques. On pourra donc l'écarter du champ de ce travail.

⁹⁵⁰ Voy., en ce sens, CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, pts 9 à 11, Rec. 511-512; TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-10/92, T-12/92 et T-15/92, pt 38, II-2682.

⁹⁵¹ E. PUTMAN, *CONTENTIEUX ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 1998, 451.

⁹⁵² L'article 18 du Règlement 4064/89 dispose que, avant de prendre une décision relatif au projet examiné, la Commission donne aux intéressés l'occasion de faire connaître leur point de vue « au sujet des objections retenues à leur encontre ». La « communication des objections », repose sur les mêmes règles que la communication des griefs (sur ce point, D. BERLIN, *CONTROLE COMMUNAUTAIRE DES CONCENTRATIONS*, Pedone, Paris, 1992, 334).

⁹⁵³ La décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen en cas de doutes sérieux sur la compatibilité de l'aide avec le marché commun est adressée sans délai à l'Etat membre concerné (art. 6 § 1 et art. 25 du Règlement

338. Dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'article 3 du Règlement 2842/98 prévoit que la Commission « communique par écrit aux parties les griefs retenus contre elles »⁹⁵⁶. Cette obligation correspond au droit du particulier d'être averti et d'avoir connaissance des éléments de l'enquête le concernant⁹⁵⁷.

339. Suivant la définition jurisprudentielle, l'identification des griefs possède un double caractère, à la fois *subjectif*, « élément fort de la protection des droits de la défense »⁹⁵⁸, et *objectif*, en permettant de « cristalliser la position de la Commission »⁹⁵⁹. Ces deux éléments sont complémentaires: en fixant le cadre de l'instance, la communication initiale va permettre aux droits de la défense de s'exercer sereinement et à l'action administrative de se développer dans la clarté⁹⁶⁰. Elle vient offrir aux entreprises la *sécurité* dont elles étaient privées lors de l'enquête.

659/1999). La pratique veut que « l'Etat membre concerné est informé de l'ouverture de la procédure par une lettre » (Commission des C.E., *Guide des procédures applicables en matière d'aides d'Etat*, § 3.3). Cette décision récapitule « les éléments pertinents de fait et de droit, inclut une évaluation préliminaire, par la Commission, de la mesure proposée visant à déterminer si elle présente le caractère d'une aide, et expose les raisons qui incitent à douter de sa compatibilité avec le marché commun » (art. 6). Elle s'apparente ainsi à une communication des objections présentées à l'égard de l'aide.

⁹⁵⁴ Par analogie, dans les procédures d'application de l'article 86 § 3, la Cour a reconnu que « le principe des droits de la défense requiert que l'Etat membre en cause (...) se voie communiquer un exposé précis et complet des griefs que la Commission entend retenir à son encontre (CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas e.a./Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-66/90, pt 45, I-639).

⁹⁵⁵ Le règlement de base antidumping distingue également entre l'acte d'ouverture de la procédure et l'acte d'ouverture de l'enquête (art. 5 du Règlement 384/96). Celle-ci est ouverte s'il apparaît qu'il existe « des éléments de preuve suffisants » pour justifier l'ouverture d'une procédure. L'avis d'ouverture doit comporter des indications concernant « le produit et les pays concernés, fournit un résumé des informations reçues et prévoit que toute information utile doit être communiquée à la Commission ».

⁹⁵⁶ En application de l'article 19 § 1 du Règlement 17/62.

⁹⁵⁷ La définition la plus complète en a été donnée par la Cour, dans le cadre du Règlement 17/62. La procédure administrative « a été aménagée en vue de permettre aux entreprises concernées de faire connaître leur point de vue et d'éclairer la Commission le plus complètement possible avant qu'elle ne prenne une décision affectant les intérêts des entreprises. Elle vise à créer, en faveur de celles-ci, des *garanties procédurales*. et, tel qu'il ressort du 11ème considérant du règlement n° 17, à consacrer le droit des entreprises d'être entendues par la Commission. C'est pour cette raison que, conformément à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17 et en vue de garantir le respect des droits de la défense, il est nécessaire d'assurer à l'entreprise concernée le droit de présenter des observations à l'issue des instructions au sujet de l'ensemble des griefs que la Commission se propose de retenir contre elle dans sa décision, et, partant, de l'informer de ces griefs dans le document prévu à l'article 2 du règlement n° 99/63. C'est encore pour cette raison que, afin de lever un doute éventuel sur la situation procédurale de l'entreprise concernée, l'engagement d'une procédure en application des dispositions précitées est clairement marqué par un acte manifestant l'intention de prendre une décision » (CJCE, 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, aff. 60/81, pts 14 et 15, Rec. 2652 (nous soulignons); voir déjà CJCE, 14 juillet 1972, *Geigy/Commission*, aff. 52/69, pt 11, Rec. 826).

⁹⁵⁸ J. RIDEAU, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, in *RECUEIL DES COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE*, t. 265, 1997, 114.

⁹⁵⁹ CJCE, 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, aff. 60/81, pt 18, Rec. 2653.

⁹⁶⁰ Ainsi, « l'obligation de communiquer les motifs nous paraît répondre à un double intérêt: elle sert au destinataire pour apprécier la pertinence de l'appréciation dont ont fait l'objet les faits qu'ils a dénoncés et elle sert à la Commission pour établir, sur la base des observations qui lui ont été présentées, si « les éléments recueillis », suffisent... » (Conclusions de l'avocat général Mancini dans l'affaire *BAT et Reynolds/Commission* (aff. jtes 142 et 156/84), [1987] Rec. 4550).

Elle se rattache aux droits de la défense⁹⁶¹. Mais elle circonscrit par là même le cadre du droit à l'expression⁹⁶².

Trois questions se posent à cet égard: *Quand cette communication doit-elle avoir lieu (A)? A qui doit-elle être adressée (B)? Quel en est le contenu (C)?* Le juge communautaire a donné des réponses dans une jurisprudence classique rendue dans les années soixante-dix, confirmée puis enrichie dans les années quatre-vingt. Depuis quelques années, un certain infléchissement peut être observé, dans le sens d'une protection plus poussée, surtout sensible dans la définition du contenu de l'acte.

§ I. LA PLACE DE LA COMMUNICATION

340. La communication des griefs est un acte double: à la fois acte concluant l'enquête engagée par la Commission et acte « préparatoire par rapport à la décision mettant fin à la procédure »⁹⁶³. La formule paraît simple, mais son application est délicate. Pour en tirer toutes les conséquences juridiques, les deux parties de la définition doivent être distinguées.

A. Un acte final

341. L'acte de communication des griefs ne se confond pas avec la décision d'ouverture de la procédure visée à l'article 9 du Règlement 17/62. La réglementation ne précise pas quelle est la nature de cette décision et quelles formalités sont nécessaires pour l'accomplir⁹⁶⁴. En pratique, la Commission retarde le plus possible la communication, privant l'intéressé de toute possibilité d'information sur le commencement d'une enquête⁹⁶⁵. C'est au regard de leurs effets que les deux actes se distinguent: tandis que la décision d'engagement de la procédure a pour effet de mettre fin à la compétence des autorités nationales⁹⁶⁶, la communication des griefs a pour effet d'ouvrir la phase de débat contradictoire entre l'autorité administrative et les entreprises intéressées⁹⁶⁷.

342. Il suit de là que « c'est seulement la communication des griefs et non la décision d'ouverture de cette procédure qui constitue l'acte fixant la position de la Commission vis-à-vis

⁹⁶¹ Significatif est à cet égard l'arrêt du TPICE, 23 février 1994, *CB et Europay/Commission*, aff. jtes T-39/92 et T-40/92, pts 47 et 48, II-72-73.

⁹⁶² Voir les conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 8 juillet 1986 (aff. 226/84), [1986] Rec. 3294.

⁹⁶³ Cette qualification élaborée en détail par la Cour dans une Ordonnance du 18 juin 1986, *BAT et Reynolds/Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, pts 13 et ss., Rec. 1904.

⁹⁶⁴ La Cour a toutefois précisé que « l'article 9, se référant à l'engagement d'une procédure en application des articles 2, 3 ou 6, vise évidemment un acte d'autorité de la Commission, manifestant sa volonté de procéder à une décision ». Elle ajoute « qu'un simple accusé de réception qui, loin d'être une manifestation de volonté, ne constitue qu'un acte de correction administrative, ne saurait être considéré comme tel un acte d'autorité » (CJCE, 6 février 1973, *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*, aff. 48/72, pts 16 et 17, Rec. 87-88).

⁹⁶⁵ P. KUYPER & T. RIJN, *Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition*, YEL, 1982, 12.

⁹⁶⁶ Art. 9 § 3 du Règlement 17/62.

⁹⁶⁷ Elle fait courir le délai de réponse imparti au destinataire pour présenter ses observations (art. 3 § 4 et art. 14 du Règlement 2842/98)

des entreprises à l'égard desquelles est engagée une procédure relative à la poursuite d'infractions aux règles de concurrence »⁹⁶⁸. Dès lors, il est tout à fait possible, et même conforme à « un principe d'économie de la procédure », d'inscrire dans la communication des griefs des faits qui ne figuraient pas dans la décision d'ouverture mais qui sont « la simple continuation d'agissements antérieurs »⁹⁶⁹. L'efficacité de la police de la concurrence justifie que les entreprises soient tardivement informées des charges qui pèsent sur elles⁹⁷⁰. Rien ne s'oppose à ce que l'entreprise mise en cause soit informée en même temps de l'engagement de la procédure et des griefs qui lui sont reprochés⁹⁷¹.

343. De même, les actes d'investigation dans le cadre de l'enquête ne doivent pas être confondus avec une communication formelle des griefs⁹⁷². Les griefs sont formulés après l'enquête, dans un acte formel par lequel la Commission décide seule de s'engager dans une procédure contradictoire. Il n'en résulte pas, à l'inverse, que l'acte de communiquer les griefs mette fin à toute instruction. Aucune disposition n'interdit à la Commission de poursuivre ses contrôles, investigations ou vérifications après avoir effectué la communication⁹⁷³. Encore faut-il que ce ne soit pas au détriment de la protection des droits de la défense. Ceux-ci devront être préservés, le cas échéant, par une communication des griefs complémentaire⁹⁷⁴.

B. Un acte préparatoire

344. En tant qu'acte préparatoire, nous verrons qu'il ne peut être appréhendé comme un acte susceptible de recours au sens de l'article 230 CE⁹⁷⁵. Retenons ici que « la décision ne doit pas nécessairement être une copie de l'exposé des griefs »⁹⁷⁶. C'est que « la Commission doit tenir compte des éléments résultant de la procédure administrative soit pour abandonner des griefs qui

⁹⁶⁸ CJCE, 14 juillet 1972, *ICI/Commission*, aff. 48/69, pt 17, Rec. 652.

⁹⁶⁹ Ibid., pt 18, Rec. 653. A l'inverse, il n'y a pas violation des droits de la défense dans le fait de ne pas communiquer tous les chapitres de la CG dès lors que la Commission a abandonné en cours de procédure les griefs relatifs aux ententes nationales pour ne conserver que ceux relatifs aux ententes internationales (TPCE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pts 105 et ss.).

⁹⁷⁰ Sur ce point, E. PUTMAN, *op. cit.*, 452.

⁹⁷¹ CJCE, 14 juillet 1972, *ACNA/Commission*, aff. 57/69, pt 12, Rec. 949. De fait, « ni les textes en vigueur ni les principes généraux du droit n'imposent d'effectuer la communication de la décision d'ouverture de la procédure en constatation d'infraction, préalablement à la communication des griefs retenus contre les intéressés dans le cadre d'une telle procédure » (pt 10, Rec. 948).

⁹⁷² Dans l'affaire *Orkem*, les requérantes tentèrent de mettre en œuvre une théorie de l'apparence, alléguant que derrière l'apparence de simples demandes de renseignements se cachaient en réalité des communications de griefs. L'enjeu résidait dans la protection procédurale dont les entreprises pouvaient bénéficier pour répondre à ces décisions. Le raisonnement des requérantes reposait sur le fait que ces demandes contenaient des éléments de preuve très précis qui pouvaient être considérés comme une accusation formelle d'avoir commis une infraction. Dans son arrêt, la Cour réfuta cette argumentation: « En faisant état du soupçon de l'existence d'accords contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité pour justifier sa demande de renseignements, la Commission ne fait que se conformer à l'obligation que lui impose l'article 11, paragraphe 3, d'indiquer le but de sa demande » (CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, pt 11, Rec. 3347; voir également les conclusions de l'avocat général Darmon, Rec. 3308-3314).

⁹⁷³ CJCE, 14 juillet 1972, *Geigy/Commission*, aff. 52/69, pt 14, Rec. 827.

⁹⁷⁴ Ibid., pt 14, Rec. 827.

⁹⁷⁵ Cf. *infra* §§ 642 et ss.

⁹⁷⁶ CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, aff. 41/69, pt 91, Rec. 693.

se seraient révélés mal fondés, soit pour aménager et compléter tant en fait qu'en droit son argumentation à l'appui des griefs qu'elle retient. Cette dernière possibilité n'est pas en contradiction avec le principe des droits de la défense sanctionnés par l'article 4 du règlement n° 99/63 »⁹⁷⁷.

345. Il reste que, dans l'intérêt des droits de la défense, cette évolution doit être strictement encadrée. Si la Commission vient à modifier ses griefs initiaux au cours de la procédure, elle devra alors fournir aux intéressés une communication complémentaire. En effet, « la décision ne peut en aucun cas contenir ni griefs nouveaux par rapport à ceux contenus dans la communication des griefs adressée à la requérante, ni éléments de preuve nouveaux par rapport à ceux mentionnés dans lesdites communications des griefs »⁹⁷⁸.

346. Mais tout dépend de ce que l'on entend par « nouveauté ». S'il ne s'agit, entre la communication et la décision finale, que d'un « complément de son argumentation en droit », « son argumentation principale » reposant sur un grief mentionné dans la communication initiale, il n'y a pas violation des droits de la défense⁹⁷⁹. Il faut faire droit à l'efficacité de la procédure. Si, inversement, la procédure est reprise sans qu'aucun grief nouveau ne soit formulé, une nouvelle communication des griefs n'a pas lieu d'être envoyée, et l'audition ne devra pas être organisée⁹⁸⁰.

§ II. LES PERSONNES CONCERNEES

347. La communication des griefs a pour principaux destinataires les entreprises faisant l'objet de l'enquête menée par la Commission. Elle ouvre pour eux la phase contradictoire de la procédure. Les « intéressés » sont précisément définis par le nouveau règlement de procédure n° 2842/98 comme « les parties contre lesquels la Commission a retenu des griefs ».

⁹⁷⁷ Ibid., pts 92 et 93, Rec. 693; CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, aff. jtes 209 à 215 et 218/78, pt 68, Rec. 3245.

⁹⁷⁸ TPICE, 24 octobre 1991, *Petrofina/Commission*, T-2/89, pt 39, II-1109.

⁹⁷⁹ En ce sens, CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, aff. jtes 209 à 215 et 218/78, not. pts 73 et 74, Rec. 3246. Dans la mesure où un débat approfondi sur la nature de l'entente incriminée a eu lieu, dont attesterait la décision, on ne saurait reprocher à la Commission d'avoir formulé des griefs nouveaux. Le Tribunal considère ainsi qu'une décision de la Commission modifiant quelque peu la qualification du grief retenue dans la communication générale des griefs n'équivaut pas à une nouvelle communication des griefs: en effet, en l'espèce, « la Commission n'a fait qu'aménager et expliciter en droit l'argumentation sur laquelle elle fonde les griefs qu'elle a retenus et qu'elle n'a, dès lors, pas empêché la requérante de faire valoir son point de vue sur ces griefs avant que la décision soit prise » (TPICE, 10 mars 1992, *Hoechst/Commission*, T-10/89, pt 74, II-662).

⁹⁸⁰ TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029, pts 246 et ss.; Sur les conditions d'une réouverture de la procédure en matière d'aides d'Etat, CJCE, 4 février 1992, *British Aerospace et Rover/Commission*, C-294/90, I-493; TPICE, 15 septembre 1998, *Ryanair/Commission*, T-140/95, II-3327; CJCE, 12 novembre 1998, *Espagne/Commission*, C-415/96, I-6993; en matière de concentrations, CJCE, 31 mars 1998, *France e.a./Commission*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, I-1375; en matière d'antidumping, TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques/Commission*, T-2/95, II-3939.

348. Les griefs sont notifiés à chacune de ces parties ou à un mandataire dûment désigné⁹⁸¹. La communication est personnelle. Si, en cours de procédure, la Commission adopte une communication des griefs supplémentaire, elle n'est pas autorisée « à remplacer, à l'égard de l'une des parties à un accord, la communication des griefs par l'envoi, en copie et aux seules fins d'information, de la communication des griefs adressée à une autre partie »⁹⁸².

349. En principe, la communication des griefs n'est pas adressée aux tiers. Mais la pratique contraire est devenue courante dans le cadre de l'application des articles 81 et 82. Evolution en partie ratifiée par le nouveau règlement de procédure en ce qui concerne le plaignant⁹⁸³. A l'égard des autres tiers, il est seulement prévu que « la Commission les informe par écrit de la nature et de l'objet de la procédure »⁹⁸⁴.

350. Reste que, à l'égard de tous les tiers, la Commission n'est pas liée au maintien des appréciations de droit et de fait qu'elle a portées dans ce document⁹⁸⁵. Pour eux, la communication doit regardée comme facultative et informative. Aucune obligation juridique n'en découle. Il est bien clair, dès le stade initial de la procédure contradictoire, que les tiers sont privés de l'acte qui ouvre au bénéfice complet des droits de la défense.

351. Il n'en va pas autrement dans les autres procédures de contrôle, en matière d'aides⁹⁸⁶ ou de concentrations⁹⁸⁷. Plus large apparaît la communication effectuée en matière d'antidumping: en règle générale, la procédure est plus ouverte⁹⁸⁸.

⁹⁸¹ Art. 3 du Règlement 2842/98. L'article 3 § 2 maintient la possibilité exceptionnelle pour la Commission de procéder à cette communication par voie de publication au JOCE, notamment en cas de défaut de mandataire commun ou en présence d'un grand nombre d'entreprises. En ce cas, cependant, aucune amende ou astreinte ne peut infligée aux entreprises concernées (art. 3 § 3) et la confidentialité devra être respectée (art. 3 § 2). Cet avertissement impersonnel et collectif, dont on a pu au début contester la pertinence pour des raisons de sécurité juridique (F.-C. JEANTET, *Les droits de la défense devant la Commission de la Communauté Economique Européenne dans le contentieux de la concurrence*, JCP, 1963, I-1785), semble en pratique être tombé en désuétude (L. GOOSENS, *Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission*, JTDE, octobre 1998, n° 52, 170).

⁹⁸² Le Tribunal juge en l'espèce qu'« il ne saurait en effet être exclu que la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent, si la Commission avait régulièrement notifié à Eurocheque International la communication des griefs supplémentaire et si elle lui avait imparti un délai pour la présentation de ses observations à l'égard des points 12, 27 et 28 de ladite communication » (TPICE, 23 février 1994, *CB et Europay/Commission*, aff. jtes T-39/92 et T-40/92, pt 58, II-75).

⁹⁸³ Lorsque la Commission décide d'engager une procédure, « elle envoie au demandeur ou au plaignant copie de la version non confidentielle des griefs » (Art. 7 du Règlement 2842/98).

⁹⁸⁴ Art. 9 du Règlement 2842/98.

⁹⁸⁵ CJCE (Ordonnance), 18 juin 1986, *BAT et Reynolds/Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, pt 15, Rec. 1905.

⁹⁸⁶ La décision d'ouvrir la procédure est publiée au JOCE dans la version linguistique faisant foi (art. 26 § 2 du Règlement 659/99).

⁹⁸⁷ Au terme de l'article 12 § 1 du Règlement 447/98, la Commission fait part de ses objections par écrit aux parties notifiantes et aux autres parties intéressées et leur indique le délai dans lequel elles peuvent faire valoir leur point de vue.

⁹⁸⁸ L'article 5 § 9 du Règlement 384/96 dispose que « l'avis d'ouverture fixe le délai dans lequel les parties intéressées peuvent se faire connaître... ». En outre, la Commission avise personnellement « les exportateurs, les importateurs ainsi que les associations représentatives des importateurs ou exportateurs notoirement concernés, de même que les représentants du pays exportateur et les plaignants et, tout en veillant à protéger les informations confidentielles, fournit le texte intégral de la plainte écrite aux exportateurs connus, aux autorités du pays importateur et, à leur demande, aux autres parties intéressées ». Cette exigence fut introduite par le Code

§ III. LE CONTENU DE LA COMMUNICATION

352. Pour apprécier le contenu de la communication des griefs, il est nécessaire de tenir compte d'un élément essentiel: *le caractère administratif de la procédure*. Tel est l'élément dominant dans les arrêts classiques de la Cour du 14 juillet 1972. Il s'ensuit une interprétation restrictive de la notion de « grief »⁹⁸⁹: « en ce qui concerne la communication des griefs — premier acte de la procédure administrative — il est satisfait à ces exigences dès lors que cette communication énonce, même sommairement, mais de manière claire, les faits essentiels sur lesquels la Commission se base »⁹⁹⁰. Le principe est que la décision finale ne retient aucun fait essentiel qui n'ait été préalablement porté à la connaissance des individus concernés et sur lequel ils aient eu l'occasion de s'expliquer⁹⁹¹. Au cas où elle omettrait de mentionner l'un de ces faits, elle devrait alors renoncer à toute possibilité de l'invoquer comme moyen de preuve valable à l'appui de sa décision⁹⁹².

A. Une exigence de clarté

353. Il ne saurait être question de communiquer à ce stade la totalité du dossier constitué⁹⁹³. Il suffit que la Commission ait suffisamment circonscrit l'infraction reprochée⁹⁹⁴. Par « faits essentiels », il faut entendre non seulement « les faits sur lesquels se base la Commission » mais aussi, et surtout, « la qualification qui leur est donnée »⁹⁹⁵. Il est ainsi requis que la Commission mentionne dans la communication son intention d'infliger une amende⁹⁹⁶. En ce cas, elle doit indiquer, « en tant qu'élément essentiel », la durée de l'infraction qu'elle a retenue sur la base de ses informations. Mais elle n'est pas tenue, par exemple, d'indiquer les critères sur la base

antidumping de 1979, justifiée par les exigences du respect du principe du contradictoire (en ce sens, D. Avot, RAE, 1994, n° 4, 70).

⁹⁸⁹ CJCE, 14 juillet 1972, *ICI, BASF, Bayer, Francolor, Cassella, Hoechst et ACNA*, aff. 48, 49, 51, 54 à 57/69, Rec. 619 et ss.; voir, entre autres, aff. 54/69, pt 22, Rec. 873. Lire en ce sens les conclusions de l'avocat général Mayras dans l'affaire 48/69: « A propos de cette communication des griefs, plusieurs moyens sont invoqués, qui donnent d'ailleurs à penser que les requérantes, ne tenant pas compte de votre jurisprudence Grundig, ont raisonné comme si la procédure devant la Commission avait un caractère juridictionnel et non pas administratif. La conception qu'elles exposent de la protection des droits de la défense excède manifestement en effet les exigences d'une simple procédure administrative » ([1972] Rec. 704).

⁹⁹⁰ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, pt 10, Rec. 512; v. déjà CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, aff. 41/69, pt 26, Rec. 686; CJCE, 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, aff. 6/72, pt 5, Rec. 241; CJCE, 14 février 1978, *United Brands/Commission*, aff. 27/76, pt 275, Rec. 310.

⁹⁹¹ L'article 2 § 2 du Règlement 2842/98 dispose: « Dans ses décisions, la Commission ne retient que les griefs au sujet desquels les parties ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue ».

⁹⁹² CJCE, 25 octobre 1983, *AEG/Commission*, aff. 107/82, pt 27, Rec. 3193; TPICE, 6 avril 1995, *Tréfilunion/Commission*, T-148/89, pt 25, II-1078.

⁹⁹³ Cela découle déjà de l'arrêt fondateur de la Cour du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 491.

⁹⁹⁴ En ce sens, CJCE, 11 novembre 1986, *British Leyland/Commission*, aff. 226/84, pts 35 à 37, Rec. 3306.

⁹⁹⁵ CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, pt 29, I-3446.

⁹⁹⁶ En dernier lieu, TPCE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 480.

desquels elle entend calculer l'amende, le montant ou même l'ordre de grandeur approximatif de celle-ci⁹⁹⁷. De manière générale, elle n'a pas l'obligation de communiquer des faits, documents ou circonstances « de caractère purement accessoire » par rapport aux griefs reprochés⁹⁹⁸.

354. En certains cas, le refus de communiquer certains éléments considérés comme essentiels par la Commission peut être justifié. Il peut d'abord être motivé par la protection de la confidentialité. Mais, dès lors, la Commission ne pourra « retenir à la charge de l'entreprise concernée (...) des faits, des circonstances, ou documents qu'elle estime ne pouvoir divulguer si ce refus affecte la possibilité de cette entreprise de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité ou la portée de ces circonstances, sur ces documents ou encore sur les conclusions que la Commission en tire »⁹⁹⁹. Le refus peut ensuite être justifié par la « théorie de la connaissance acquise ». Si, par exemple, les éléments en cause ont été fournis au cours de la procédure administrative à la Commission par les entreprises intéressées elles-mêmes, une communication concernant ces « compléments de preuve des faits retenus et rectifications apportées par la décision attaquée » ne s'impose pas¹⁰⁰⁰.

B. De la clarté à la consistance

355. Récemment, le juge communautaire a vu autre chose dans le fait que « ce ne sont pas les documents en tant que tels, mais les conclusions qu'en a tirées la Commission » qui doivent d'être communiquées au particulier¹⁰⁰¹. Dès lors, la mise à disposition des documents « bruts » n'est plus suffisante pour assurer le respect des droits de la défense. Ce qui compte, c'est non seulement les arguments utilisés par la Commission mais également la compréhension de ses arguments par les intéressés. Car seule la compréhension mutuelle permet d'entamer un véritable échange. On passerait ainsi d'une simple obligation de clarté à une exigence de consistance.

C'est ainsi que, dans l'affaire dite « *Pâte de bois* », la Cour de justice énonce deux points importants d'extension de sa jurisprudence¹⁰⁰². La formulation est classique. Mais le juge lui donne un contenu enrichi: la communication doit être *expresse* et *étayée*.

1. Une communication expresse

⁹⁹⁷ Elle n'est pas non plus tenue d'indiquer la possibilité d'un changement éventuel de sa politique en ce qui concerne le niveau général des amendes (CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française/Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, pts 15 à 22, Rec. 1882-1884). Ces solutions ont été critiquées à juste titre comme privant le destinataire de la communication d'un élément important pour sa défense: une indication des critères généraux utilisées pour fixer l'amende a été recommandée par l'avocat général Slynn ([1983], Rec. 1825), de même qu'une indication approximative du montant de l'amende (A. PLIAKOS, *LES DROITS DE LA DEFENSE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1987, 306-307). On a ainsi fait remarquer qu'une anticipation de la décision, pourvu qu'elle soit fondée, est dans la nature de la communication des griefs.

⁹⁹⁸ Ibid., pt 30, Rec. 1885; TPICE, 14 mai 1998, *Mo och Domsjö/Commission*, T-352/94, pts 73 et 74, II-2016.

⁹⁹⁹ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, pt 14, Rec. 512.

¹⁰⁰⁰ CJCE, 14 juillet 1972, *Franicolor/Commission*, aff. 54/69, pt 26, Rec. 873.

¹⁰⁰¹ CJCE, 25 octobre 1983, *AEG/Commission*, aff. 107/82, pt 27, Rec. 3193.

¹⁰⁰² CJCE, 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, aff. jtes C-89/95, C-104/95, C-114/95, C-116/95, C-117/95 et C-125/95 à C-129/95, I-1307.

356. « Votre Cour ne saurait admettre, dans des domaines caractérisés par la complexité des faits, le volume des informations et les conséquences des procédures en cause, qu'il soit satisfait à ces exigences en sollicitant les termes de la communication des griefs » : claire et précise, il faut désormais que la communication soit « expresse »¹⁰⁰³. En conséquence, elle doit clairement identifier les *infractions* reprochées¹⁰⁰⁴. Ce qui compte est la *compréhension* réelle de la part des intéressés bien plus que le simple acte formel de communiquer : « Contrairement à ce que prétend la Commission, les réponses qui ont été apportées à la communication des griefs ne sont pas de nature à montrer que les requérants avaient compris la communication des griefs comme couvrant l'infraction sur les prix de transaction »¹⁰⁰⁵. Dans ces conditions, « les requérants n'ont pas eu la possibilité de faire valoir efficacement leur *défense* au stade de la procédure administrative »¹⁰⁰⁶. Sur ce point, la décision doit donc être annulée.

357. En second lieu, la communication doit clairement identifier les *participants* à ces infractions. Peut-on soutenir qu'il aurait été trop long d'énumérer à chaque fois tous les producteurs concernés ? Le fait est que la communication ne fait allusion qu'aux « producteurs scandinaves et européens ». Dans ces conditions, un producteur canadien était, au stade de la communication des griefs, « dans l'impossibilité de connaître le grief relatif à sa participation aux réunions de la Fides et, partant, de faire valoir sa *défense* sur ce point »¹⁰⁰⁷. L'exigence de consistance implique une protection individualisée¹⁰⁰⁸. Le Tribunal semble poursuivre dans la même voie¹⁰⁰⁹.

2. Une communication étayée

358. Le même formalisme protecteur implique que la Commission ne puisse fonder sa décision sur des griefs qui n'auraient pas été préalablement et solidement établis. Dans cette affaire, la Commission reproche à des entreprises de s'être concertées sur les prix de transaction. Il faut bien sûr que ces griefs existent. Mais il faut encore — et c'est là la nouveauté —, pour être

¹⁰⁰³ Conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 7 juillet 1992, §§ 76-77, [1993] I-1463-1464.

¹⁰⁰⁴ « Dès lors que, dans la décision, les deux infractions présentent des caractéristiques propres et que ces caractéristiques portent sur des éléments aussi essentiels que les participants à la concertation ou la période d'infraction, il y a lieu de les faire apparaître distinctement dès la communication des griefs. Il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que les deux chefs d'infraction ont donné lieu à l'application d'amendes différentes » (pt 50, I-1596).

¹⁰⁰⁵ Ibid., pt 51, I-1596.

¹⁰⁰⁶ Ibid., pt 52, I-1597 (nous soulignons).

¹⁰⁰⁷ Ibid., pt 154, I-1620 (nous soulignons).

¹⁰⁰⁸ Moins heureuse est le refus de la Cour d'accueillir l'argumentation d'un producteur finlandais au motif que le terme « scandinave » désigne tant les producteurs finlandais que les producteurs suédois (Ibid., pt 160, I-1621). Pour répondre pleinement à l'impératif du respect des droits de la défense, il eût été souhaitable que le nom de ce producteur figurât si ce n'est dans le corps, du moins en annexe de la communication des griefs (en ce sens, L. IDOT, *Epilogue dans l'affaire Pâte de Bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence*, Europe, 1993, Chron. n° 6, § 25).

¹⁰⁰⁹ TPCE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pts 480 et ss. : les associations d'entreprises et l'association européenne n'étant pas, à la différence des entreprises, formellement visées par l'imposition d'amendes dans la CG, cette partie de la décision est annulée à leur égard.

réputés existants, qu'ils aient quelque consistance¹⁰¹⁰. L. Idot relève que la Commission et le Tribunal de première instance semblent progressivement prendre acte de ces nouvelles exigences. Ainsi, dans les décisions dites du « *Carton* » du 14 mai 1998, le Tribunal, tout en se référant à la jurisprudence « *Pâte de bois* », se livre à un examen minutieux pour savoir si l'obligation de clarté est satisfaite en chaque espèce¹⁰¹¹. Si elle était suivie, cette évolution ne signifierait nullement que la communication des griefs doit devenir exhaustive, au détriment de l'efficacité administrative. Cela voudrait dire seulement qu'elle doit être compréhensible, précise et fondée. Mais n'est-ce pas là le reflet d'une exigence d'équité et d'intelligibilité?

SECTION II. L'ACCES AU DOSSIER

359. La condition d'une défense équitable est l'accès à l'information (I). Essentielle est la recherche des faits et la collecte des informations dans toute procédure économique¹⁰¹². Cependant, l'accès au dossier n'est pas « un droit absolu »¹⁰¹³: il connaît certaines limites en pratique (II). Encore qu'elle semble s'y opposer, la protection du secret ne contredit pas l'accès au dossier. Il s'agit d'abord d'une sorte de « droit négatif », dont l'objet est d'empêcher toute utilisation publique d'information confidentielle. En ce sens, l'accès et le secret témoignent d'un même souci de protéger l'intégrité des parties dans la procédure¹⁰¹⁴. L'hypothèse n'est pas celle d'une « limite », mais d'un « conflit de droits », qui se résout grâce au principe de proportionnalité¹⁰¹⁵ (III).

§ I. UNE CONSECRATION PROGRESSIVE

360. Le caractère administratif des procédures de concurrence pèse sur les débuts de cette garantie (A). Lorsqu'il devint évident que l'accès constituait une garantie essentielle des

¹⁰¹⁰ Or, « du rapport d'expertise qui a été remis à la Cour le 10 avril 1990, il ressort que, au moment de la communication des griefs, la Commission ne détenait pas suffisamment de factures pour étayer l'infraction ». A défaut pourra jouer la jurisprudence sur les griefs nouveaux: la Cour en déduit que « pour établir l'infraction (...), la Commission a dû se baser, pour l'essentiel, sur des documents recueillis postérieurement à la communication des griefs », documents à l'égard desquels les intéressés n'ont pu s'exprimer, ce qui constitue, à nouveau, une violation des droits de la défense (pt 138, I-1616).

¹⁰¹¹ Voir TPICE, 14 mai 1998, *Cascades/Commission*, T-308/94, pts 39 et ss., II-943; *BPB de Eendracht/Commission*, T-311/94, pts 49 et ss., II-1149; *EnsoEspañola/Commission*, T-348/94, pts 80 et ss., II-1906; *Mo och Domsjö/Commission*, T-352/94, pts 63 et ss., II-2013.

¹⁰¹² En cette matière, le droit d'accès a une double justification: à la fois économique (J. DAVIDOW, *EEC Fact-Finding Procedures in Competition Cases: An American Critique*, CMLR, 1977, 175-189) et morale (Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *BPB Industries/Commission* (C-310/93 P), §§ 97 et ss., I-888).

¹⁰¹³ Voir l'argument de la Commission: TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029, pt 997.

¹⁰¹⁴ Ainsi Jean JAMIN a pu montrer qu'une certaine opacité est nécessaire à la participation des individus au sein des sociétés démocratiques (*LES LOIS DU SILENCE. Essai sur la fonction sociale du secret*, Maspero, Paris, 1977).

¹⁰¹⁵ Comp., en droit judiciaire, TPICE (Ordonnance), 15 novembre 1990, *Rhône-Poulenc e.a./Commission*, aff. jtes T-1/89 à T-4/89 et T-6/89 à T-15/89, II-637.

particuliers dans la procédures, la Cour et surtout le Tribunal de première instance prirent la chose en main, et incitèrent la Commission à modifier sa position (B). Dès lors, le développement s'accéléra et devait conduire à l'adoption d'un droit d'accès général et objectif (C).

A. Un accès limité

361. La Cour a reconnu de bonne heure que ce droit constituait un préalable nécessaire à l'exercice du droit d'être entendu¹⁰¹⁶. Mais, dès l'origine, elle dénie tout caractère *général* au droit d'accès au dossier¹⁰¹⁷. Aussi est-il tout de suite limité aux seuls éléments *nécessaires* du dossier¹⁰¹⁸ : si, « dans cette procédure, les intéressés doivent être informés des éléments de fait essentiels sur lesquels la Commission fonde les griefs retenus à leur égard », « il n'est cependant pas nécessaire que la totalité du dossier soit communiquée »¹⁰¹⁹. La première raison en est le caractère *administratif* de la procédure. Quelle que soit son importance pour les droits de la défense, étant soumise à un impératif d'efficacité, cette procédure ne saurait comporter des droits aussi étendus qu'en matière judiciaire¹⁰²⁰. On s'était demandé si l'arrêt *Hoffmann* de 1979 ne remettait pas en cause cette solution en consacrant le principe « *fondamental* » des droits de la défense¹⁰²¹. Il n'en fut rien. Dans un arrêt de principe dit « *des livres néerlandais* », la Cour a maintenu que « si le respect des droits de la défense exige que l'entreprise intéressée ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les documents retenus par la Commission dans les constatations qui sont à la base de sa décision, il n'y a pas de dispositions prescrivant à la Commission l'obligation de divulguer ses dossiers aux parties intéressées »¹⁰²². La conséquence pratique concerne la charge de la preuve : c'est à l'entreprise qu'il appartient

¹⁰¹⁶ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 491; CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion Française/Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, Rec. 1825, pt 14 (Rec. 1881); CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81, Rec. 3461, pt 7 (Rec. 3498).

¹⁰¹⁷ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 491.

¹⁰¹⁸ CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, aff. 41/69, pts 31 à 42, Rec. 688.

¹⁰¹⁹ 14 juillet 1972, *BASF/Commission*, aff. 49/69, pt 8, Rec. 731; la même formulation est reprise dans une série de jugements rendus le même jour : CJCE, 14 juillet 1972, *Bayer/Commission*, aff. 51/69, pt 8, Rec. 771; CJCE, 14 juillet 1972, *Franclor/Commission*, aff. 54/69, pt 23, Rec. 873; CJCE, 14 juillet 1972, *ACNA/Commission*, aff. 57/69, pt 22, Rec. 950; CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, aff. jtes 209 à 215 et 218/78, pts 36 à 40, Rec. 3236; CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, aff. 322/81, pts 5 à 10, Rec. 3498.

¹⁰²⁰ « Or, dans les procédures administratives, le seul principe à appliquer, c'est qu'il n'est permis d'invoquer à l'encontre des intéressés que les faits au sujet desquels ils ont pu prendre position dans un délai raisonnable. Point n'est besoin à cet effet d'une communication matérielle ou textuelle de tous les documents servant de base à la décision : il suffit d'un résumé clair de leur contenu, qui permet aux intéressés d'apprendre sans difficultés les lignes essentielles de l'opinion des tiers » (Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Consten et Grundig/Commission* (aff. jtes 56 et 58/64), [1966] Rec. 532-533), reprises par la Cour : « attendu que la procédure devant la Commission est une procédure administrative... » (Rec. 491); dans le même sens, conclusions de l'avocat général Gand dans l'affaire *ACF Chemiefarma/Commission* (aff. 41/69), et de l'avocat général Mayras dans l'affaire *ICI/Commission* (aff. 48/69). Comp. avec les conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Hercules Chemicals/Commission* (T-7/89), II-869.

¹⁰²¹ De cet avis sont les requérants dans l'affaire *Van Landewyck/Commission* (aff. jtes 209 à 215 et 218/78, Rec. 1980, 3291 et ss.); en sens contraire, conclusions de l'avocat général Reischl dans la même affaire ([1980] Rec. 3291).

¹⁰²² CJCE, 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB/Commission*, aff. jtes 43 et 63/82, Rec. 19, pt 25, et les conclusions de l'avocat général Verloren Van Themaat : « La Cour a déjà rejeté la nécessité de communiquer l'ensemble du dossier dans les affaires 56 et 58/64, *Grundig/Consten* (Recueil 1966, p. 511). Il suffit que les intéressés soient

d'établir qu'elle a été privée des éléments nécessaires à sa défense¹⁰²³. Cette règle a fait surgir une objection.

362. Un an plus tôt, en effet, la Cour jugeait qu'un document ne peut être utilisé contre une entreprise si celle-ci n'a pas eu l'occasion d'en prendre connaissance: « AEG est en effet justifiée d'estimer qu'elle ne pouvait se voir opposer un document, dont une partie ne lui avait pas été communiquée, et qu'il n'appartenait pas à la partie défenderesse [la Commission] d'apprécier si un document ou une partie d'un document était ou non utile pour la défense de l'entreprise intéressée »¹⁰²⁴. La seconde partie de ce considérant suggère que doivent être communiqués tous les documents et renseignements utiles du dossier. Cependant, la contradiction avec la solution posée dans l'affaire « *des livres néerlandais* » est manifeste¹⁰²⁵. Comment l'entreprise peut-elle apprécier ce qui est utile à sa défense et en rapporter la preuve si elle ne dispose pas d'un accès inconditionnel au dossier? Comment concilier un accès limité et la mise en œuvre effective d'une défense? Exiger que la personne concernée justifie l'accès à une pièce dont elle ne connaît pas le contenu, sur la base des effets possibles que cette pièce pourrait avoir sur la décision finale, n'est-ce pas admettre une « *probatio diabolica* »¹⁰²⁶?

363. La question est mal posée. Il faut, pour le comprendre, tenir présente la conception générale des droits de la défense consacrée par la Cour. De ce que « le respect des droits de la défense exige que l'entreprise intéressée ait été en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue *sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur les documents retenus par la Commission* »¹⁰²⁷, il résulte que les droits procéduraux n'interviennent qu'une fois le cadre de l'affaire formé. Celui-ci est constitué par les documents que la Commission a choisis comme fondement de sa décision¹⁰²⁸. Ainsi, les intéressés doivent bénéficier d'un accès non à tous les documents qu'ils jugeront utiles pour leur défense, mais à tous les documents que la Commission a jugé *pertinents* pour sa décision, même si elle considère qu'ils ne sont point pertinents pour la défense¹⁰²⁹. Cette manière d'éviter la contradiction est extrêmement peu satisfaisante. Ainsi conçu, l'accès n'est pas un droit mais un simple devoir à la charge de la Commission.

informés relativement à l'essentiel des faits sur lesquels les griefs sont fondés (affaire 48/69, ICI, Recueil 1972, p. 654, du 21^{ème} au 26^{ème} attendu) » (Rec. 100).

¹⁰²³ Ainsi, « Il est à noter que la VBVB n'a pas été en mesure d'identifier un document quelconque dont la Commission aurait fait usage pour fonder sa décision et qui lui serait resté inaccessible » (Ibid., pt 24, Rec. 59). Dans ces conditions, la requérante n'ayant « pas prouvé que du fait du comportement réticent de la Commission, elle a été privée d'éléments nécessaires pour organiser sa défense » (Conclusions, Rec. 101), le grief doit être rejeté.

¹⁰²⁴ CJCE, 25 octobre 1983, *AEG/Commission*, pt 24, Rec. 3192.

¹⁰²⁵ Voy. C. BELLAMY, *Legal protection of individuals, their fundamental rights and their rights of defence*, in *LES SANCTIONS COMME MOYENS DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE*, Bundesanzeiger, Köln, 1996, 115-121; également les conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Hercules Chemicals/Commission* (T-7/89), II-893 et ss.

¹⁰²⁶ G. KARYDIS, *Le contrôle des concentrations entre entreprises en vertu du règlement 4064/89 et la protection des intérêts légitimes des tiers*, CDE, 1997, 102.

¹⁰²⁷ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, pt 11, Rec. 512 (nous soulignons).

¹⁰²⁸ Conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Hercules Chemicals/Commission* (T-7/89), II-899.

¹⁰²⁹ En ce sens, K. LENAERTS, *Procedures and Sanctions in Economic Administrative Law*, in 17. F.I.D.E. Kongress, J. Schwarze (Hrsg.), Berlin, 1996.

B. De l'obligation au droit d'accès

364. Cette solution a fait l'objet de vives critiques, provoquant la réaction de la Commission. Dans son *Douzième Rapport sur la politique de la concurrence* pour 1982, elle déclare qu'elle « a concrétisé l'intention qu'elle a manifesté dans le Onzième Rapport d'aller *au-delà* des exigences formulées par la Cour en améliorant l'exercice des droits de la défense au niveau de la procédure administrative. Elle accorde dorénavant aux entreprises impliquées dans une procédure la *faculté* de prendre connaissance du dossier les concernant »¹⁰³⁰. Un accès est offert aux particuliers au sein des services de la Commission. Mais ce n'est là qu'une *faculté*. Est-ce à dire qu'il n'y a pas d'obligation formelle? Dans un arrêt *AKZO* rendu en juillet 1991, la Cour confirme, contre l'avis de la requérante, qu'« il n'y a pas de dispositions prescrivant à la Commission l'obligation de divulguer ses dossiers aux parties intéressées »¹⁰³¹. Quelques mois plus tard, cependant, le Tribunal adopte une position différente¹⁰³². Bien qu'il reconnaisse, comme la Cour, qu'une telle obligation de divulgation n'existe pas,

« il est à noter que, en établissant une procédure d'accès au dossier dans les affaires de concurrence, la Commission s'est imposée à elle-même des règles dépassant les exigences formulées par la Cour. »

Or, « Il y a lieu de relever que la Commission ne peut se départir des règles qu'elle s'est ainsi imposées. »

Dès lors, « Il résulte de ce qui précède que la Commission a l'obligation de rendre accessible aux entreprises impliquées dans une procédure d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, l'ensemble des documents à charge et à décharge qu'elle a recueillis au cours de l'enquête, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles. »¹⁰³³

Cette *faculté* doit désormais être regardée comme une *obligation*. Le Tribunal fonde le respect de cette obligation sur l'adage *patere legem quam fecisti*, car on se trouverait en présence de dispositions qui constituent en soi des normes véritables¹⁰³⁴. Il s'ensuit qu'en pratique la Commission doit donner accès à l'ensemble du dossier, et non plus seulement aux pièces sur lesquelles s'appuie la communication des griefs.

¹⁰³⁰ Commission des C.E., *Douzième Rapport sur la politique de la concurrence* (1982), § 34 (nous soulignons). Un accès est organisé au profit des entreprises, exception faite cependant des documents que la Commission considère comme « confidentiels » (§ 35). Au même moment est créée la fonction de conseiller-auditeur (§ 36).

¹⁰³¹ CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, pt 16, I-3444.

¹⁰³² En ce sens, B. GENESTE n'hésite pas à attribuer cette inflexion des règles procédurales à la création du TPICE (*La confidentialité des documents recueillis au cours de l'enquête: le cas British Gypsum*, in *DROITS DE LA DEFENSE ET DROITS DE LA COMMISSION DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1994, 119-124).

¹⁰³³ TPICE, 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, pts 52, 53, 54, II-1739-1740.

¹⁰³⁴ « Il y a lieu de relever que la Commission ne peut se départir des règles qu'elle s'est ainsi imposées » (Ibid., pt 54, II-1739). De la sorte, il choisit de lui donner un fondement plus solide que la simple mise en jeu du principe général de *confiance légitime* des administrés, dont on peut penser qu'il était également recevable en l'espèce (F.P. LOUIS, *La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?*, CDE, 1998, 48-75).

365. Pareil fondement était fragile: une norme de cette nature n'est-elle pas menacée d'être à tout moment modifiée ou abrogée par l'autorité qui l'a adoptée? C'est ainsi que, dans l'arrêt *Cimenteries*, rendu tout juste un an plus tard, le Tribunal juge que « l'accès au dossier relève (...) des garanties procédurales visant à protéger les droits de la défense et à assurer, en particulier, l'exercice effectif du droit d'être entendu »¹⁰³⁵. Le droit d'accès se trouve ainsi un fondement nouveau et supérieur: le principe général des droits de la défense. Il acquiert le rang de droit procédural autonome.

366. Dans ce jeu d'interactions entre le juge et l'autorité administrative, la Commission se devait de réagir. Ce qu'elle fit dans son *XXIIIème Rapport sur la politique de la concurrence* pour 1993. La faculté se transforme en obligation que la Commission s'impose à elle-même. Restait à la Cour de s'engager sur la même « voie de la transparence ». L'occasion lui en fut donnée par un pourvoi dirigé contre l'arrêt *BPB Industries et British Gypsum/Commission*. Selon l'avocat général Léger, cette affaire a vocation à consacrer la jurisprudence *Cimenteries*: « Nous vous invitons, par conséquent, à parachever l'avancée du Tribunal de première instance, *Cimenteries CBR e.a./Commission* et *BPB/Commission*, et à consacrer, au-delà du texte même du règlement n° 17 et comme corollaire du principe du respect des droits de la défense, le principe fondamental du droit pour l'entreprise incriminée d'accéder à la totalité du dossier, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles »¹⁰³⁶. Mais on chercherait, en vain, dans l'arrêt de la Cour, une confirmation de cette avancée.

C. Un droit général et objectif

367. Ce principe une fois reconnu, il restait encore à lui donner un contenu étendu. Dans l'affaire « *Carbonate de soude* », le Tribunal saisit à nouveau le fil qui le guidait:

« Il convient de souligner que, dans le cadre de la procédure contradictoire organisée par le règlement n°17, il ne saurait appartenir à la seule Commission de décider quels sont les documents utiles à la défense. En effet, s'agissant, comme en l'espèce, d'appréciations économiques difficiles et complexes à effectuer, la Commission doit donner aux conseils de l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen des documents susceptibles d'être pertinents, en vue d'apprécier leur valeur probante pour la défense »

« Compte tenu du *principe général d'égalité des armes*, qui présuppose dans une affaire de concurrence que l'entreprise concernée ait une connaissance du dossier utilisé dans la procédure égale à celle dont dispose la Commission, la thèse de la Commission ne saurait être retenue (...) Dans une telle hypothèse, les droits de la défense dont bénéficie la requérante lors de la procédure administrative subiraient une trop grande restriction par rapport aux pouvoirs de la Commission, qui cumule la fonction de

¹⁰³⁵ TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR/Commission*, aff. jtes T-10/92, T-11/92 et T-15/92, pt 38, II-2682; TPICE, 1er avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum/Commission*, T-65/89, II-389.

¹⁰³⁶ Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *BPB Industries/Commission* (C-310/93 P), § 116, I-891.

l'autorité qui notifie les griefs avec celle de l'autorité qui décide tout en ayant une connaissance plus approfondie du dossier que la défense »¹⁰³⁷

Ainsi apparaît la règle d'accès au dossier une fois parvenue à « maturation »¹⁰³⁸. Fondée sur le principe d'égalité des armes, elle revêt deux caractères nécessaires et indissociables¹⁰³⁹.

1. Un caractère général

368. La procédure d'accès au dossier a pour objet de « permettre aux destinataires d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission »¹⁰⁴⁰ et « destinés à étayer ces griefs »¹⁰⁴¹. Elle concerne donc aussi bien les documents à charge qu'à décharge: « il y a lieu de répéter qu'il n'appartenait pas à la Commission de décider seule si les documents saisis dans le cadre de l'instruction des présentes affaires étaient de nature à disculper les entreprises concernées. Le principe de l'égalité des armes et son émanation dans les affaires de concurrence, l'égalité au niveau de l'information dont doivent disposer la Commission et la défense, exigeaient que la requérante puisse apprécier la valeur probante des documents... »¹⁰⁴².

2. Un caractère objectif

369. Longtemps on a admis que la communication des documents non confidentiels du dossier tenait à la seule bonne volonté de la Commission. Maîtresse de la procédure, il entrait dans les fonctions de la Commission de déterminer les informations pertinentes pour la défense. C'est à cette pratique que le Tribunal entend réagir, déclarant qu'« *il ne saurait appartenir à la seule Commission de décider quels sont les documents utiles à la défense* ». Il répondait, par là, à un argument récurrent de la Commission: « même si la Commission avait vraiment sélectionné des documents, cette circonstance ne saurait constituer une irrégularité procédurale parce que la requérante n'a pas avancé le moindre indice de nature à établir la mauvaise foi des services de la Commission »¹⁰⁴³. Cet argument a des accents anciens. Il se fonde sur l'idée selon laquelle l'autorité administrative serait dépositaire d'une moralité concrète, objective, qu'il faudrait présumer en toutes circonstances. Elle voudrait répondre aux exigences d'une « bonne administration »: elle prend en charge l'intérêt de l'entreprise, en sorte que sa conception de la

¹⁰³⁷ TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA/Commission*, aff. T-30/91, pt 83, II-1812; nous soulignons.

¹⁰³⁸ L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 124.

¹⁰³⁹ Notons que le principe de l'égalité des armes est déjà évoqué par l'avocat général Darmon dans l'affaire *Al-Jubail Fertilizer/Conseil* (C-49/88), en faisant référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (notes 77 à 19, § 112, [1991], I-3231).

¹⁰⁴⁰ TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR/Commission*, aff. jtes T-10/92, T-11/92 et T-15/92, pt 38, II-2682.

¹⁰⁴¹ TPICE, 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, pt 51, II-1738.

¹⁰⁴² TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA/Commission*, aff. T-30/91, pt 101, II-1818.

¹⁰⁴³ TPICE, 29 juin 1995, *ICI plc/Commission*, aff. T-36/91, II-1847, pt 50 (Cf. TPICE, 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, pt 55, II-1740). La même ligne de défense est adoptée par la Commission dans un arrêt récent (TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029, pt 1000).

pertinence devient aussi celle de l'intéressé. Cela suppose une sorte d'harmonie préétablie entre administration et administrés¹⁰⁴⁴. Mais, une fois cette illusion dissipée, il devient évident que l'argument se heurte à une objection aussi simple que puissante. Le respect des droits de la défense exige seulement de savoir si l'entreprise concernée a pu avoir connaissance du dossier¹⁰⁴⁵. De ce point de vue, le comportement interne des services administratifs n'importe guère. Le fait de ne pas communiquer certaines pièces constitue une violation des droits de la défense qui « a un caractère objectif et ne dépend pas de la bonne ou de la mauvaise foi des fonctionnaires de la Commission »¹⁰⁴⁶. C'est une simple question *subjective* que de savoir comment s'est comportée l'administration dans cette affaire; mais c'est un fait *objectif* que de constater que la divulgation n'a pas eu lieu: à ce fait s'attachent les droits de la défense¹⁰⁴⁷ et, de manière générale, toute protection juridique¹⁰⁴⁸.

370. La Commission en tira les conséquences dans une Communication « relative aux règles de procédure internes pour le traitement des demandes d'accès au dossier », adoptée en 1997¹⁰⁴⁹. Par là, elle entend explicitement « assurer la compatibilité de la pratique administrative courante en matière d'accès au dossier avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance, notamment la jurisprudence dite “Carbonate de soude” ». Elle reconnaît par suite que « les entreprises mises en cause doivent avoir accès à tous les documents qui constituent le “dossier d'instruction” de la Commission, à l'exception des documents identifiés dans l'arrêt Hercules: les secrets d'affaires d'autres entreprises, les documents internes de la Commission et les autres informations confidentielles ». Dès lors, la Commission « ne procède à *aucune sélection* des documents accessibles » et ne pourrait se borner

¹⁰⁴⁴ Harmonie contenue dans la doctrine traditionnelle de l'administration, qui, sous une forme radicale, se résume ainsi: « Il faut se souvenir qu'une partie importante de la doctrine administrative maintenait que l'administré n'avait pas à faire valoir de droits devant l'administration pour la bonne raison que l'administration ne le menaçait pas. Pas d'attaque, donc pas de défense, et pas de droits de la défense » (C. LUCAS DE LEYSSAC, *Rapport de synthèse*, RCC, 1995, n° 83, 47-52). A plusieurs reprises, un tel argument a constitué le socle du raisonnement des avocats généraux pour décharger la Commission de toute irrégularité procédurale (voy. les conclusions de l'avocat général Reischl dans l'affaire *Hoffmann-La Roche/Commission* (aff. 85/76), [1979] Rec. 562; conclusions de l'avocat général Slynn dans l'affaire *Musique Diffusion Française/Commission* (aff. jtes 100 à 103/80), [1983] Rec. 1825).

¹⁰⁴⁵ TPICE, 29 juin 1995, *ICI plc/Commission*, aff. T-36/91, II-1847, pt 42.

¹⁰⁴⁶ TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA/Commission*, aff. T-30/91, pt 84, II-1812.

¹⁰⁴⁷ Pour un raisonnement similaire, voy. l'analyse concernant la confidentialité dans l'enquête (*infra*, §§ 490 et ss.).

¹⁰⁴⁸ A rapprocher des analyses de G. VEDEL: « De ce que la réalisation de certaines fins est le but final de l'organisation juridique, que peut-on déduire touchant l'acte juridique? Que cet acte doit être conforme à ces fins de façon objective. Mais, au fond, les intentions subjectives, le but psychologique de l'acte ne sont intéressants que dans la mesure où ils sont un moyen de contrôler cette réalisation objective. Ainsi un acte dont le but subjectif est une certaine fin sociale a plus de chances d'atteindre cette fin que l'acte qui poursuit une fin différente, encore qu'il faille faire la part de la maladresse qui peut s'opposer à pareil résultat. Mais ce que postule essentiellement la finalité de l'organisation juridique, ce sont certains résultats objectifs, non la poursuite de certains buts subjectifs » (*ESSAI SUR LA NOTION DE CAUSE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS*, Thèse Droit, Toulouse, 1934, 435, cité par J.-C. VENEZIA, *op. cit.*, 34). Reste à savoir, pour notre propos, quelles sont les finalités objectives de l'organisation procédurale.

¹⁰⁴⁹ JOCE 1997, C 23/3. En dépit d'une réaction négative de certains de ses membres, la Commission n'introduisait pas de pourvoi contre les arrêts du Tribunal du 29 juin 1995 (J.M. JOSHUA, *Attitudes to antitrust enforcement in the EU and the US: dodging the traffic warden or respecting the law?*, *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM LAW INSTITUTE* (1995), 101.

à démontrer que certains documents communicables ne sont pas « utiles » pour l'exercice des droits de la défense des entreprises. Il faut tenir compte, cependant, de certains tempéraments pratiques.

§ II. LES LIMITES AU DROIT D'ACCES

371. Elles sont principalement de trois ordres.

A. Le champ d'application de la Communication de la Commission

372. Ce système d'accès au dossier couvre deux cas généraux. En premier lieu, il est applicable à « tous les cas de décisions de constatation d'infractions, de décisions de rejet de plainte, de décisions de mesures provisoires et de décisions prises sur la base de l'article 15, paragraphe 6 du règlement n° 17 »¹⁰⁵⁰. En second lieu, il concerne les décisions prises dans le cadre des procédures de contrôle des concentrations¹⁰⁵¹.

373. Deux exclusions s'ensuivent notamment. D'abord, ce système n'est pas applicable aux tiers et notamment aux plaignants¹⁰⁵². Il est permis aux tiers justifiant d'un intérêt suffisant de demander la communication de toute pièce utile¹⁰⁵³; mais ils ne disposent que du droit d'obtenir une réponse motivée sur cette demande. En outre, il n'est pas applicable aux autres procédures économiques.

Le cas des aides paraît facile à régler¹⁰⁵⁴. Mais le droit antidumping demeure un cas particulier. Sans doute, depuis longtemps déjà, des garanties d'information sont données aux

¹⁰⁵⁰ Ces dernières décisions concernent le retrait aux parties notifiantes du bénéfice de l'immunité d'amendes.

¹⁰⁵¹ Le Règlement 4064/89 corrigeait déjà, sur la base de la jurisprudence rendue, la lacune du Règlement 17. En son art. 18 § 3: « La Commission ne fonde ses décisions que sur les objections au sujet desquelles les intéressés ont pu faire valoir leurs observations. Les droits de la défense sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. L'accès au dossier est ouvert au moins aux parties directement intéressées tout en respectant l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ». Sans faire référence explicitement à la Communication, le Tribunal considère que les principes applicables dans les procédures menées en application des articles 81 et 82 « sont applicables à l'accès aux dossiers dans les affaires de concentration examinées dans le cadre du règlement n° 4064/89, même si l'application de ces principes peut raisonnablement être conditionnée par l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale dudit règlement » (TPICE, 28 avril 1999, *Endemol/Commission*, T-221/95, pt 68).

¹⁰⁵² Sauf brèves indications concernant le rejet des plaintes (Communication 97/C 23/3, II.D.1).

¹⁰⁵³ Art. 5 de la Décision 94/810.

¹⁰⁵⁴ Son existence en ce domaine est pour le moins douteuse: voir cependant les conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Matra/Commission* (C-225/91, § 60, [1993] I-3248-3249) qui laissent penser que l'accès au dossier au plaignant est une conséquence implicite de l'ouverture de la procédure formelle de l'article 93 § 2; également l'arrêt du TPICE du 18 septembre 1995 (*SIDE/Commission*, T-49/93, II-2501) qui établit qu'il n'appartient pas aux plaignants, concurrents d'entreprises bénéficiaires d'une aide étatique, de fournir des données précises relatives à une aide non notifiée, dans la mesure où cela reviendrait à exiger qu'ils « fournissent des données auxquelles, dans la plupart des cas, ils n'ont pas accès et qu'ils ne peuvent obtenir que par l'intermédiaire de la Commission elle-même, auprès des Etats membres qui accordent ces aides » (pt 71, II-2528).

parties notoirement concernées¹⁰⁵⁵. L'arrêt de la Cour *Al-Jubail Fertilizer/Conseil* du 27 juin 1991 va intégrer définitivement l'accès au dossier au sein des droits de la défense, en l'élevant au rang d'exigence fondamentale de la procédure d'enquête. A sa suite, le Règlement 384/96 consacre le droit d'information des parties¹⁰⁵⁶. Mais la jurisprudence s'est arrêtée ici à une formulation restrictive, analogue à celle qui prévalait en droit de la concurrence avant la jurisprudence *Solvay*¹⁰⁵⁷. La conséquence en est que la protection accordée par le Tribunal paraît réduite¹⁰⁵⁸. Le contrôle antidumping appelle une circulation plus large et plus facile de

¹⁰⁵⁵ A la différence de la réglementation des pratiques anticoncurrentielles, la réglementation communautaire antidumping reconnaissait très tôt des garanties d'information. L'article 10 § 4 du règlement 459/68 disposait que la Commission est tenue de donner aux plaignants et aux exportateurs notoirement concernés, ainsi qu'aux représentants du pays exportateur, l'occasion de prendre connaissance de « tous les renseignements pertinents pour la défense de leurs intérêts, qui ne sont pas confidentiels (au sens de l'article 11) et qu'elle utilise dans l'enquête anti-dumping ». Mais la portée du terme « renseignements » prêtait à interprétation. La controverse trouva à se développer dans l'affaire dite des « roulements à billes » (CJCE, 29 mars 1979, *NTN Toyo Bearing Company/Conseil*, aff. 113/77, Rec. 1185). La Commission soutenait, en raison principalement du caractère législatif de l'acte adopté par le Conseil et de la complexité de l'enquête antidumping, que « les exportateurs avaient seulement le droit d'être informés des indices matériels et qu'ils n'avaient pas le droit d'obtenir communication de la manière dont la Commission avait utilisé ces indices ». L'avocat général Warner répondit à cette interprétation restrictive par l'existence d'« un des principes fondamentaux du droit communautaire », le droit pour tout personne affectée par une décision administrative d'être entendue, et par « une règle qui fait partie intégrante de ce principe [qui] veut que pour lui permettre d'exercer effectivement ce droit, la personne concernée a le droit d'être informée des faits et considérations sur la base desquels l'autorité entend agir ». En dépit même du silence des textes, « la Commission avait le devoir de leur dire, aussi clairement et aussi complètement que les circonstances le permettaient, ce que le dossier à leur charge contenait », faute de quoi une violation des formes substantielles grevait la préparation de l'acte (Conclusions de l'avocat général Warner présentées le 14 février 1979, Rec. [1979] 1261-1265). Dans son arrêt, la Cour ne se prononçait pas sur ce point. Mais l'article 10 du règlement n° 459/68 fut révisé en conséquence par l'article 7 du nouveau règlement de base n° 1691/79, repris en termes identiques par le règlement de base successif n° 2423/88. Cet article dispose en son paragraphe 4 a) que « le plaignant et les importateurs et exportateurs concernés, ainsi que les représentants du pays exportateur, peuvent prendre connaissance de tous les renseignements fournis à la Commission par toute partie concernée par l'enquête, à l'exception des documents internes établis par les autorités de la Communauté ou de ses Etats membres, pour autant que ces renseignements soient pertinents à la défense de leurs intérêts, qu'ils ne soient pas confidentiels au sens de l'article 8 et qu'ils soient utilisés par la Commission dans l'enquête » (dans le même sens, art. 6 § 7 du Règlement 384/96). L'arrêt de la Cour, *Timex/Conseil et Commission*, du 20 mars 1985 confirmera que cet article « vise à assurer que les opérateurs concernés puissent prendre connaissance des renseignements recueillis par la Commission au cours de la procédure » (CJCE, 20 mars 1985, *Timex/Conseil et Commission*, aff. 264/82, pt 24, Rec. 868).

¹⁰⁵⁶ Art. 20 §§ 1 et 2.

¹⁰⁵⁷ Elle déclare ainsi « que, dans l'accomplissement de leur devoir d'information, les institutions communautaires doivent agir avec toute la *diligence requise* en cherchant, comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt du 20 mars 1985, *Timex Corporation*, à donner aux entreprises concernées, dans la mesure où le respect du secret des affaires demeure assuré, des indications utiles à la défense de leurs intérêts et en choisissant, le cas échéant d'office, les modalités appropriées d'une telle communication. Les entreprises intéressées doivent, en tout état de cause, avoir été mises en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur les éléments de preuve retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une pratique de dumping et du préjudice qui en résulterait » (CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Conseil*, C-49/88, pt 17, I-3241); v., en général, J.-L. DELVOLLE, *Le respect des droits de la défense dans les procédures anti-dumping et anti-subsidations*, DPCI, 1991, 226-242.

¹⁰⁵⁸ N'étant ni général ni objectif, le contentieux de l'accès porte à la fois sur la teneur des informations à transmettre et sur le mode de transmission. Sur le premier point, le caractère « essentiel » d'un document a fait l'objet de constantes controverses (v. les conclusions divergentes de l'avocat général Warner, [1979] Rec. 1261-1265, et de l'avocat général Van Themaat, [1985] Rec. 1637; également CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Conseil*, C-49/88, pt 23, I-3243; *adde*: CMLR, 1992, 392-393). Sur le second point, l'absence de communication écrite de certains documents essentiels n'entraînerait pas de violation des droits de la défense.

l'information. Logiquement, les parties concernées sont plus nombreuses. Mais, corrélativement, la protection est moins intense. C'est dire la nécessité d'étendre le système « général » et « objectif » adopté en matière concurrentielle¹⁰⁵⁹.

B. Les modalités de l'accès

374. Notons d'un mot qu'elles sont sujettes à critique: « les modalités d'accès au dossier (qu'il s'agisse des temps d'accès trop courts ou encore de l'impossibilité de se retrouver dans le classement...) ont été très fréquemment dénoncées par les entreprises »¹⁰⁶⁰. L'établissement d'une liste énumérative des documents, attribuant à chaque document un code d'accès (« document accessible », « document partiellement accessible », « document non accessible »), est certes un progrès. Mais les critères de classement et les délais de mise à disposition des documents restent flous. La notion même de « dossier » est propice aux confusions¹⁰⁶¹. La Communication précise seulement que « les entreprises mises en cause doivent avoir accès à tous les documents qui constituent le dossier de la Commission (DG IV) ». Récemment, le Tribunal a jugé que ne doivent pas nécessairement figurer dans le dossier d'instruction les documents que la Commission n'a pas l'intention d'utiliser à charge contre les entreprises concernées¹⁰⁶². Constitue un document à charge d'une partie un document utilisé par la Commission à l'appui de la constatation d'infraction à laquelle cette partie aurait participé¹⁰⁶³. Pour tout document hors dossier qui apparaît pertinent pour la défense, il appartient à l'entreprise d'en faire la demande à la Commission¹⁰⁶⁴.

375. Un problème particulier se pose au regard de la disposition II.A.1.1. de la Communication. Celle-ci stipule que la Commission se réserve le droit de restituer à l'entreprise,

dans la mesure où la requérante n'en aurait pas fait pas la demande (TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques/Commission*, T-2/95, II-3939, not. pts 130 à 143; 19 novembre 1998, *Champion Stationery/Commission*, T-147/97, not. pts 67 à 89; v. également, pour une demande de communication mais tardive, hors délai, CJCE, 7 mai 1995, *Nakajima/Conseil*, C-69/89, pt 112, I-2198). Comp., dans le cadre des articles 81 et 82: seuls les documents qui ne figurent pas dans le dossier d'instruction doivent faire l'objet d'une demande, faute de quoi l'entreprise sera forclosée sur ce point lors du recours en annulation (TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 383).

¹⁰⁵⁹ Y compris dans les autres procédures, comme celle de remise des droits à l'importation (v. TPICE, 19 février 1998, *Eyckeler & Malt/Commission*, T-42/96, II-401).

¹⁰⁶⁰ L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 131.

¹⁰⁶¹ Voy. les deux conceptions proposées dans TPICE, 29 juin 1995, *ICI plc/Commission*, aff. T-36/91, II-1847, pts 58 et 59.

¹⁰⁶² TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 383.

¹⁰⁶³ Ibid., pt 284; L. IDOT, *comm.*, Europe, 2000, n° 179.

¹⁰⁶⁴ Ibid., pt 383. Mais qu'en est-il de documents qui ne sont pas en possession des services menant l'instruction? Ce qui justifierait une telle règle, c'est non seulement l'obligation générale de divulgation qui pèse sur la Commission mais encore le principe de collégialité des décisions de cet organe, qui interdit qu'on isole les procédures gérées par chaque Direction et par chaque service. On a recommandé plus simplement d'étendre le droit d'accès aux autres dossiers détenus par la DG IV qui sont pertinents pour l'affaire en cause (F. LOUIS, *op. cit.*). Pareille solution pourrait se réclamer de la jurisprudence « *Carbonate de soude* » (29 juin 1995) qui décide que, afin d'être mis en mesure de se défendre contre une allégation fondée sur l'article 81 CE, ICI aurait dû avoir accès aux documents contenus dans le dossier relatif à l'infraction à l'article 82 dirigée contre Solvay.

après des inspections prévues au titre de l'article 14 §§ 2 et 3 du Règlement 17/62, certains documents jugés « sans intérêt pour l'affaire en cause ». Il en résulte que les documents restitués ne figureront pas dans la liste énumérative transmise au particulier. Mais comment justifier la prérogative que s'octroie ainsi la Commission? Il peut arriver que ces documents jugés sans pertinence par la Commission soient au contraire considérés comme utiles par les entreprises concernées¹⁰⁶⁵. Une telle disposition paraît peu conforme au principe d'égalité des armes¹⁰⁶⁶.

C. La sanction juridictionnelle du droit d'accès

376. « Une question qui est encore plus difficile à résoudre est de savoir si l'accès au dossier doit être considéré comme une *exigence procédurale purement objective*, impliquant que tout refus de l'autorité administrative de divulguer les informations non confidentielles au cours de la procédure administrative devrait conduire à l'annulation de la décision, ou plutôt comme une *exigence fonctionnelle*, de sorte que l'accès incomplet ne devrait conduire à l'annulation de la décision que s'il est démontré que le refus a pu influencer le résultat de la procédure administrative »¹⁰⁶⁷. A la vérité, K. Lenaerts et J. Vanhamme ne donnent encore là qu'une version simplifiée du problème. Cette question s'inscrit dans une vision d'ensemble des droits procéduraux. Elle se rattache au problème de la sanction juridictionnelle des irrégularités procédurales.

377. De manière générale, la jurisprudence n'exige pas seulement que le document affecte la *défense*; elle exige, pour annuler la décision, que le document non communiqué affecte le *résultat* de la décision adoptée. Le critère de la violation est donné par le juge dans les affaires « Carbonate de soude »:

« Pour constater une violation des droits de la défense, il suffit qu'il soit établi que la non-divulgaration des documents en question a pu influencer, au détriment de la requérante, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision. La possibilité d'une telle influence peut être établie après un examen provisoire de certains moyens de preuve qui ferait apparaître que les documents non divulgués ont pu avoir - au regard des moyens de preuve - une importance qui n'aurait pas dû être négligée. A supposer que les droits de la défense aient été violés, la procédure administrative et l'appréciation des faits dans la décision se trouveraient viciés. »¹⁰⁶⁸

Ce qui est en jeu ici, ce n'est plus la « pertinence » du document, puisque l'accès est général et objectif; mais c'est « l'influence » que peut avoir l'accès sur le résultat. Cette appréciation « finaliste » provoque un divorce entre l'accès au dossier et les droits de la défense, du point de

¹⁰⁶⁵ K. LENAERTS & J. VANHAMME, *op. cit.*, 549.

¹⁰⁶⁶ « Cette solution s'impose d'autant plus qu'il incombe à la Commission de se limiter au cours des vérifications à rechercher les éléments relatifs à l'objet de l'enquête qu'elle mène. Le fait même qu'elle restitue certains documents peu après l'inspection ne constitue-t-il pas dès lors une reconnaissance implicite de ce qu'elle aurait outrepassé les limites du mandat ou de la décision de vérification? » (F. LOUIS, *op. cit.*, 63).

¹⁰⁶⁷ K. LENAERTS & J. VANHAMME, *op. cit.*, 544-545; nous soulignons.

¹⁰⁶⁸ TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA/Commission*, aff. T-30/91, II-1775, pt 68 (nous soulignons).

vue de la sanction¹⁰⁶⁹. L'accès ne sera sanctionné au titre de la violation des droits de la défense que s'il a été utile au résultat. Pareille conception laisse peu de chance à la requérante de donner un éclairage différent sur le déroulement de la procédure. Au contraire, on peut penser que *la rectitude du résultat ne devrait pas compenser l'absence d'une construction dialectique des faits, laquelle atteste la justesse de la procédure*. Mais c'est point qui méritera une étude plus approfondie¹⁰⁷⁰.

§ III. LE DROIT AU SECRET

378. Les procédures économiques rencontrent le secret sous deux formes différentes: le secret est essentiel à la fois dans l'ordre privé économique et dans l'ordre administratif. Sous ces deux formes, on admet qu'il doit être limité.

379. D'une part, il s'agit d'assurer le besoin légitime des entreprises de tenir certaines informations commercialement sensibles secrètes. Le but de cette protection est économique: « Dans la vie des affaires, tout peut être secret, car ce que l'on cherche à éviter, c'est la divulgation d'informations concernant l'entreprise, informations qui pourraient être exploitées par un concurrent, soit pour fabriquer un produit similaire à un moindre coût, soit pour pénétrer le marché en ayant connaissance de la clientèle... »¹⁰⁷¹. Mais, d'autre part, la transparence des marchés commande dans le droit positif des obligations d'informations aux concurrents, aux associés et même au public¹⁰⁷².

D'une part, il paraît nécessaire d'assurer une certaine indépendance et de donner des garanties de discrétion aux acteurs institutionnels (autorités administratives communautaires mais également Etats membres). Le droit au secret se présente comme une garantie d'impartialité: « chaque institution en tant que foyer d'activité, en tant qu'organisme doué d'une vie propre, doit recevoir une *certaine* protection contre la curiosité et l'inquisition extérieures »¹⁰⁷³. Mais, d'autre

¹⁰⁶⁹ « En ce qui concerne plus particulièrement le refus de la Commission de donner à la requérante accès aux réponses fournies par les autres producteurs aux communications des griefs, le Tribunal considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si ce refus constitue une violation des droits de la défense. En effet, un tel examen ne serait nécessaire que s'il existait une possibilité que, en l'absence de ce refus, la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent » (TPICE, 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, pt 56, II-1740; TPICE, 29 juin 1995, *ICI plc/Commission*, aff. T-36/91, II-1847, pt 52).

¹⁰⁷⁰ Voir B. DOHERTY, *Playing Poker with the Commission: Rights of Access to the Commission's File in Competition Cases*, ECLR, 1994, 8-15. Cf. *infra*, §§ 661 et ss.

¹⁰⁷¹ B. BOULOC, *Le secret des affaires*, DPCI, 1990, 9.

¹⁰⁷² Cf. B. GENESTE, *Le secret d'affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence*, Dalloz Affaires, 1271-1275. Toute cette question repose sur l'idée de *confiance*, mécanisme fondamental du fonctionnement du marché. Or, le secret professionnel est « le creuset de la confiance », écrit M.-A. FRISON-ROCHE. De ce point de vue, il n'y a pas de contradiction entre la nécessité de protéger les secrets et l'obligation de révélation: « Ainsi, le secret bancaire réduit le risque systémique tandis que la révélation à bon escient des difficultés encore cachées des entreprises, devoir d'alerte du tribunal de commerce par le commissaire aux comptes par exemple, assure un fonctionnement économique plus sain » (*Secret et profession*, in *SECRETS PROFESSIONNELS*, M.-A. Frison-Roche (dir.), Ed. Autrement, Paris, 1999, 53; 102).

¹⁰⁷³ P. REUTER, *Le droit au secret et les institutions internationales*, AFDI, 1956, 51.

part, la transparence administrative exige l'information des personnes concernées, de l'ensemble des administrés et du public.

380. Ces deux formes de protection correspondent à des utilités distinctes. Toutes deux sont couvertes par l'article 20 du Règlement 17/62 en combinaison avec l'article 287 du traité¹⁰⁷⁴. La Communication de la Commission adopte une classification tripartite (secrets d'affaires, informations confidentielles, documents internes). Il paraît plus exact de distinguer les deux types de secret: le « secret confié » (A) et le « secret gardé » (B). Une règle générale prévaut dans tous les systèmes juridiques qui reconnaissent ce droit: *le secret ne doit fléchir que dans la mesure strictement nécessaire à la prise en considération d'un intérêt supérieur*¹⁰⁷⁵. Tel peut être l'intérêt de la défense, qui commande la règle de l'accès au dossier. Nous allons voir que cette règle ne s'impose pas de la même manière dans les deux cas.

A. « Le secret confié »

381. Le traitement des informations confidentielles des entreprises implique une mise en balance, qui s'effectue au cas par cas.

1. Les intérêts contraires

382. L'obligation de protéger les informations confidentielles est une protection *individuelle* accordée en contrepartie du pouvoir de coercition dont dispose la Commission¹⁰⁷⁶. Mais elle correspond aussi à « des réalités collectives, des valeurs sociales que l'on veut sauvegarder par une protection convenable de leurs secrets »¹⁰⁷⁷. Elle relève de la mission de l'autorité administrative, qui est de préserver l'ordre public économique: « la Commission doit, pour des raisons *d'intérêt public*, veiller à ce que l'accès au dossier n'aboutisse pas à un échange d'informations sensibles entre les entreprises qui font l'objet de la procédure »¹⁰⁷⁸. Il en résulte que « cette règle est applicable même si les entreprises conviennent de lever réciproquement le caractère confidentiel de ces informations »¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁴ *Contra*: C.D. EHLERMANN, *Cooperation between Competition Authorities within the European Union*, in *ANTITRUST BETWEEN EC LAW AND NATIONAL LAW*, E.A. Raffaelli (ed.), Bruylant, Giuffrè, Bruxelles, Milan, 1998, 465-486. L'auteur appelle à une distinction entre l'article 287 et l'article 20 du Règlement 17. Il semble pourtant que dès l'origine, l'aménagement d'une protection du secret professionnel en droit communautaire est véritablement être double (Rapport de P.-H. TEITGEN, *Les pouvoirs de contrôle de l'Assemblée Commune et leur exercice*, CECA, Doc. N° 5, Session 1954-1955 de l'Assemblée Commune). Il apparaît naturel que le droit communautaire protège certains documents en raison de la confidentialité des informations qu'ils contiennent sous ces deux aspects, en les qualifiant de « documents non communicables ».

¹⁰⁷⁵ Cf. P. REUTER, *op. cit.*, 61. La protection de la confidentialité est également assurée en matière de contrôle des concentrations (art. 18 § 3 du Règlement 4069/89), en matière de contrôle des aides (art. 24 du Règlement 659/99), en matière d'antidumping (art. 19 du Règlement 384/96).

¹⁰⁷⁶ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *AKZO Chemie/Commission* (aff. 53/85), [1986] Rec. 1979.

¹⁰⁷⁷ P. REUTER, *op. cit.*, 60-61, qui rapporte cette idée à la théorie de l'institution de Hauriou et Renard.

¹⁰⁷⁸ Commission des C.E., *Dix-huitième Rapport sur la politique de concurrence* (1988), § 43.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

383. En même temps, l'autorité administrative est liée au respect des droits de la défense. Cette obligation implique le caractère pleinement contradictoire de la procédure. Elle comporte la garantie *individuelle* de l'accès au dossier qui « est une phase importante de la procédure dans toutes les affaires de concurrence contentieuses »¹⁰⁸⁰. Mais elle correspond aussi à un « *intérêt public* » : l'intérêt « à ce qu'il soit mis fin aux infractions des règles de concurrence », ce qui suppose la parfaite transparence des opérations et des opérateurs concernés¹⁰⁸¹.

384. Telle est la « balance » qu'il convient d'opérer¹⁰⁸². Elle oblige à procéder au cas par cas, par appréciation concrète de chaque document dans chaque affaire¹⁰⁸³. L'affaire *AKZO* est exemplaire à cet égard : la Commission doit procéder à une pesée des « divers intérêts en présence : le respect du secret professionnel, les intérêts des requérantes au respect de leur secret d'affaires, le besoin d'information de la partie intervenante au regard de son audition, ainsi que la mission d'un contrôle efficace des règles de concurrence du traité CEE »¹⁰⁸⁴. Ce semble d'ailleurs une loi des appréciations juridiques relatives au secret que de mettre en cause « des éléments très délicats qu'il est presque impossible de détacher de chaque cas concret ; le régime du secret professionnel éclate presque nécessairement en cas d'espèce »¹⁰⁸⁵.

385. Comme les arguments de principe s'équilibrent, l'essentiel est peut-être de voir que la jurisprudence fait droit, le plus souvent, à des arguments d'ordre pratique, qui penchent tous dans la même direction : la protection du secret et le refus de la divulgation. On reconnaît par exemple « qu'une entreprise pourrait être incitée à déposer plainte auprès de la Commission uniquement en vue d'avoir accès aux secrets d'affaires de concurrents »¹⁰⁸⁶. D'autre part, la divulgation peut entraîner des mesures de rétorsion ou révéler des infractions¹⁰⁸⁷. Surtout, elle est susceptible de remettre en cause « la possibilité de l'autorité de concurrence de recueillir, du moins spontanément, bon nombre d'informations »¹⁰⁸⁸. La divulgation de secrets commerciaux est incompatible avec la collaboration qui présuppose la *confiance* et opère par échange d'informations. De ces considérations, le droit au secret ressort indéniablement renforcé.

2. L'opération de mise en balance

¹⁰⁸⁰ Communication de la Commission, JOCE 1997, C 23/3.

¹⁰⁸¹ Ibid., I.A. 2.

¹⁰⁸² Ainsi, le droit à la protection des secrets d'affaires « doit être mis en balance avec la garantie des droits de la défense » (TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-1029, pt 1016).

¹⁰⁸³ Du reste, Commission recommande une telle appréciation en donnant quelques éléments d'examen empirique (JOCE 1997, C 23/3, I.A.1).

¹⁰⁸⁴ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *AKZO Chemie/Commission* (aff. 53/85), Rec. [1986] 1972.

¹⁰⁸⁵ P. REUTER, *op. cit.*, 62.

¹⁰⁸⁶ Communication 97/C, I.A.1 (CJCE, 24 juin 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 53/85, Rec. 1965)

¹⁰⁸⁷ CJCE, 7 novembre 1985, *Adams/Commission*, aff. 145/83, pts 34 à 44, Rec. 3587-3590 ; CJCE, 6 avril 1995, *BPB Industries/Commission*, C-310/93 P, I-865, pt 26.

¹⁰⁸⁸ D. BARTHE, *LA SITUATION DE L'ENTREPRISE VICTIME D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES CONTENTIEUX OBJECTIFS COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS*, Thèse Droit, Paris I. 1997, 300.

386. Par définition, le résultat de cette opération ne peut être connu à l'avance. Mais trois éléments doivent être certains.

a) Le domaine de réserve de confidentialité

387. Ce domaine d'exception à l'accès, progressivement défini par la jurisprudence, a été confirmé par la Commission dans sa Communication. Il demeure toutefois difficile à préciser. Il n'existe pas de *définition* de la notion de secret d'affaires. La Commission relève que « les critères d'appréciation de ce qui relève du secret d'affaires n'ont pas été définis de manière exhaustive à ce jour ». Elle se contente, partant, de n'en donner que quelques exemples¹⁰⁸⁹. Il est certain que cette notion doit être interprétée largement¹⁰⁹⁰: « les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci »¹⁰⁹¹. En outre, la Communication distingue les secrets d'affaires des « autres informations confidentielles ». Cette dernière notion désigne en général les documents émanant de tiers dont il est nécessaire de préserver la confidentialité ou l'identité¹⁰⁹².

b) Le mécanisme de protection

388. Il comporte deux étapes qu'il faut distinguer: une procédure de *qualification* des informations transmises et une technique de *divulcation* des informations recueillies. Dans la première, l'intérêt de la défense coïncide avec la protection du secret; dans la seconde, il coïncide avec le droit d'accès.

389. b.1) Le mécanisme de qualification repose sur un accord entre les deux parties. Constituent des informations confidentielles protégées les documents identifiés comme tels par l'entreprise qui les détient et reconnus comme tels par l'autorité administrative qui en fait la demande.

En cours d'instruction et dès le début de la procédure contradictoire, il sera systématiquement demandé à aux entreprises concernées d'identifier les informations qu'elles estiment couvertes par la confidentialité¹⁰⁹³. Les revendications à première vue fondées seront provisoirement acceptées. Si la revendication apparaît manifestement infondée, la Commission notifie son désaccord. Avant toute divulgation, la Commission devra, dans une première phase, prévenir

¹⁰⁸⁹ Voy. les exemples données dans la Communication 97/C 23/3, note 9.

¹⁰⁹⁰ Communication 97/C, I.A.1.

¹⁰⁹¹ TPICE, 18 septembre 1996, *Postbank/Commission*, T-353/94, pt 87, II-954.

¹⁰⁹² La Communication n'en donne elle-même qu'une énumération non exhaustive. Entrent « notamment » dans cette catégorie: - les informations révélées par des entreprises tierces ou des plaignants qui souhaitent conserver l'anonymat; - les documents recueillis lors de vérifications effectuées dans les entreprises tierces; - les secrets militaires (I.A.2).

¹⁰⁹³ C'est ainsi que le Règlement 2842/98 introduit un nouveau paragraphe précisant que « la Commission fixe le délai dans lequel les parties peuvent lui indiquer les éléments des griefs qui, selon elles, contiennent des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles. Si elles ne le font pas pendant le délai imparti, la Commission peut présumer que les griefs ne contiennent pas de telles informations » (article 3 § 5).

l'entreprise concernée. Dans le cas où la Commission ne partage pas l'appréciation de celle-ci, elle lui notifie son refus motivé. Si l'entreprise maintient son opposition à la divulgation de l'information, le conseiller-auditeur est saisi. Il procède notamment à l'audition de l'entreprise revendiquant la protection d'informations confidentielles. Au terme de cette audition, il établit un rapport sur la base duquel la Commission se décide. La possibilité d'un recours devant le Tribunal est ouverte contre cette décision: il n'est pas nécessaire d'attendre la décision administrative sur le fond de l'affaire pour saisir le juge du problème de la confidentialité¹⁰⁹⁴.

Telle est la solution imaginée par la Cour dans l'affaire *AKZO* et étendue par la Commission à toutes les procédures de concurrence. Un accord est requis entre les deux parties. Toutes les modalités d'une procédure d'accord apparaissent: la prise en compte du point de vue de l'entreprise, la réponse motivée de l'autorité administrative, la possibilité d'une audition en cas de désaccord persistant, la faculté de saisir le juge avant que la décision ne soit exécutée. *C'est dire que la protection de la confidentialité comporte, en droit communautaire, une originalité profonde: elle fait l'objet d'une « procéduralisation ».* La Commission n'est plus souveraine dans son appréciation: des droits garantissent que la divulgation se fait en toute loyauté, fût-ce au prix d'un « ralentissement considérable des procédures »¹⁰⁹⁵.

390. b.2) Au cas où l'entreprise estime, sur la base de la liste des documents qui lui est donnée, que certains documents non accessibles sont nécessaires à sa défense, elle adresse une demande motivée au conseiller-auditeur¹⁰⁹⁶. La décision motivée de la Commission sur cette demande est adressée à l'entreprise demanderesse et à toutes celles qui sont concernées par la demande¹⁰⁹⁷. Si la divulgation est refusée, il est possible de demander la communication d'un « résumé non confidentiel » du document. La Communication favorise cette pratique: des « résumés non confidentiels » sont systématiquement demandés par la Commission aux entreprises qui réclament la protection de certains documents¹⁰⁹⁸. Mais quelle est la valeur de ces résumés¹⁰⁹⁹?

¹⁰⁹⁴ Art. 5 de la Décision 94/810. Cette possibilité contraste avec l'impossibilité de saisir immédiatement le juge en cas de refus d'accès au dossier. Ce contraste introduit un déséquilibre dans la délicate balance à maintenir entre droits de la défense et protection du secret, qui porte F. LOUIS à conclure: « Dans la mesure où la violation du droit d'accès au dossier ne peut quant à lui faire l'objet d'un recours distinct, il est donc à craindre qu'en cas de conflit entre droit d'accès au dossier et protection des secrets d'affaires, la Commission ne fasse prévaloir systématiquement ce dernier intérêt afin d'éviter la paralysie des procédures » (*op. cit.*, 67).

¹⁰⁹⁵ F. P. LOUIS, *op. cit.*, 66.

¹⁰⁹⁶ Communication 97/C, II.C.2.

¹⁰⁹⁷ Art. 5 § 2 de la Décision 94/810.

¹⁰⁹⁸ Communication 97/C, II.B.1.c.

¹⁰⁹⁹ Le problème a un aspect théorique: que peut-on montrer qui soit utile au destinataire mais ne met pas en danger l'intégrité de la personne propriétaire ou détentrice de cette information? En l'état actuel du droit communautaire de la concurrence, la question a surtout un aspect pratique. Ces résumés sont « à ce point expurgés de toute donnée précise qu'ils en deviennent inutilisables ». C'est pourquoi il incombe à la Commission « de veiller avec plus de rigueur que dans le passé à ce que ces versions soient le plus complètes et détaillées possible ». En outre, il ne serait pas inutile que l'examen de la Commission, au stade de l'appréciation finale, porte également sur ces résumés et ne se limite pas aux documents confidentiels pour lesquelles une version non confidentielle n'a pas été établie (F. P. LOUIS, *op. cit.*, 69).

391. Dans le droit antidumping, la pratique des résumés non confidentiels est consacrée par la règlement de base¹¹⁰⁰. Parce qu'elle demeure soumise aux dispositions du traité et à un devoir général de loyauté¹¹⁰¹, la Commission a le devoir de protéger les informations confidentielles¹¹⁰². Mais, dans ce domaine, la circulation de l'information s'avérant primordiale, le droit d'accès doit être privilégié¹¹⁰³. On s'explique ainsi que la pratique des résumés soit fortement encouragée.

c) L'étendue de la protection

392. La question a surgi dans la jurisprudence. Deux hypothèses se sont présentées, dont on peut tirer certains enseignements généraux.

393. c.1) La première hypothèse a été soulevée dans un arrêt *SEP* du Tribunal de première instance¹¹⁰⁴. Dans cette affaire complexe, l'Etat membre est concerné au double titre d'agent d'exécution du droit communautaire de la concurrence et de responsable de la politique commerciale d'une entreprise publique nationale. La situation est celle d'un parallélisme des procédures communautaire et nationale. La requérante est la société SEP regroupant les quatre producteurs néerlandais d'électricité « d'utilité publique ». L'objet du litige porte sur « code de collaboration » qui serait intervenu entre SEP et la société Gasunie, contrôlée par l'Etat néerlandais, bénéficiant d'un monopole de fait dans la fourniture du gaz naturel. Prenant connaissance de cette entente, la Commission décide d'ouvrir une enquête sur la base de l'article 11 du règlement n° 17. Au cours de cette enquête, la Commission demande à SEP de lui communiquer un contrat de fourniture de gaz qu'elle aurait passé avec la société norvégienne Statoil. A l'appui de son recours, la requérante argue de la violation du principe de proportionnalité: l'Etat néerlandais étant en mesure, par le biais de la communication demandée, de prendre connaissance de ce contrat confidentiel, il y aurait un risque de compromettre ses intérêts commerciaux. Par le fait, l'Etat membre est à la fois l'un des destinataires de la transmission des copies des pièces les plus importantes de l'enquête menée par la Commission,

¹¹⁰⁰ Art. 19 § 2 du Règlement 384/96.

¹¹⁰¹ Sur ce dernier point, C. STANBROOK & P. BENTLEY, *DUMPING AND SUBSIDIES. The Law and Procedures Governing the Imposition of Anti-Dumping and Countervailing Duties in the European Community*, Kluwer Law International, London, 3rd ed., 1996, 173.

¹¹⁰² CJCE, 20 mars 1985, *Timex/Commission*, aff. 264/82, pt 25, Rec. 869; art. 20 du Règlement 384/96.

¹¹⁰³ Ainsi, l'obligation de protection « doit toutefois être interprétée de sorte à ne pas vider de leur contenu essentiel les droits découlant de l'article 7, paragraphe 4, sous a) du règlement » (CJCE, 20 mars 1985, *Timex/Commission*, aff. 264/82, pt 29, Rec. 870). En ce sens également, l'avocat général Darmon rappelle « la nécessaire conciliation du respect des droits de la défense et de la sauvegarde de la confidentialité de certaines informations »: car si, d'une part, la protection de la confidentialité est légitime, d'autre part, « la connaissance des données en cause est essentielle pour permettre aux personnes intéressées par l'enquête de défendre leurs intérêts »; et, d'ailleurs, « l'accès aux seules informations non confidentielles ne présente que peu d'intérêts au regard des droits de la défense » ([1991] I-3229-3231). C'est pourquoi il lui paraît opportun d'introduire dans le droit positif communautaire le système américain qui consiste à donner au conseil juridique de la partie intéressée la possibilité de consulter les documents confidentiels du dossier, sous couvert d'un « administrative protective order ». La Cour, dans son arrêt, s'en tiendra à recommander à la Commission de choisir « les modalités appropriées » (CJCE, 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer Company/Conseil*, C-49/88, I-3187, pt 25). Au reste, la nouvelle législation communautaire, qui reprend les termes du Code antidumping (art. 6.5), ignore ce système, qui avait été recommandé par les Etats-Unis lors des travaux préparatoires du Cycle de l'Uruguay (P. DIDIER, *op. cit.*, 296).

¹¹⁰⁴ TPICE, 12 décembre 1991, *SEP/Commission*, T-39/90, II-1497.

conformément à l'article 10 § 1 du règlement n° 17, et l'actionnaire principal de la société Gasunie, en négociation avec SEP et supposée ignorer le contrat passé par SEP avec Statoil.

D'une façon plus précise, la question qui se pose est de savoir si les intérêts de SEP peuvent être considérés comme suffisamment sauvegardés du fait que les autorités de l'Etat sont tenues, en vertu de l'article 20 § 2 du Règlement 17/62, au respect du secret professionnel. Or, « en l'espèce, le Tribunal constate que la demande de communication du contrat Statoil à la Commission ne présente pas de caractère disproportionné... A supposer que le contrat Statoil soit communiqué aux autorités compétentes des Etats membres par la Commission (...), le respect de la confidentialité de ce contrat, notamment à l'égard de Gasunie, est garanti par les dispositions de l'article 20 du règlement n° 17, lequel vise non seulement la Commission, mais également les autorités compétentes des Etats membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents »¹¹⁰⁵. Ce type d'informations sont transmises aux Etats membres afin de leur permettre de remplir leur devoir de coopération conformément à l'article 10 du traité. Ils doivent s'acquitter de leur obligations dans le respect des droits conférés par le droit communautaire aux entreprises, notamment des obligations découlant de l'article 20¹¹⁰⁶. Cela signifie, en l'espèce, que les fonctionnaires nationaux des services de concurrence ayant connaissance de ces informations seront tenus de ne pas les divulguer aux fonctionnaires chargés de la négociation avec SEP dans le secteur de l'énergie¹¹⁰⁷.

Cet arrêt a été cassé en pourvoi¹¹⁰⁸. Dans ses conclusions, l'avocat général Jacobs rappelle que le raisonnement du Tribunal est entièrement fondé sur une prétendue distinction au sein des services administratifs néerlandais entre la direction de l'énergie et la direction de la concurrence. Or, sans préjudice de la rectitude morale des fonctionnaires néerlandais, il suffit de penser au mécanisme normal de rotation des effectifs administratifs¹¹⁰⁹. Ainsi, « il est possible que le contrat Statoil parvienne dans les mauvaises mains par des chemins parfaitement légitimes »¹¹¹⁰. Pour assurer l'effet utile de l'article 20, il faudrait donc que « ces fonctionnaires puissent simplement effacer ces informations de leur mémoire »¹¹¹¹. Or, il n'entre pas dans l'objet de l'article 20 d'imposer cette « *auto-amnésie* ». Au reste, seule l'utilisation des informations en question à des fins de preuve dans d'autres affaires est interdite: il est en revanche tout à fait possible d'en tenir compte, par exemple pour engager une procédure au niveau national. La Cour fait sienne cette distinction dans son arrêt: si l'article 20 protège contre la divulgation, il n'exclut pas la « prise en considération »¹¹¹². Dès lors, l'article 20 ne constitue pas « une protection efficace » pour SEP, et l'arrêt du Tribunal a, sur ce point, violé le droit communautaire¹¹¹³. Le

¹¹⁰⁵ Ibid., pt 53, II-1519.

¹¹⁰⁶ Ibid., pt 59, pt 57.

¹¹⁰⁷ Ibid., pt 55.

¹¹⁰⁸ CJCE, 19 mai 1994, *SEP/Commission*, C-36/92 P, I-1911.

¹¹⁰⁹ En effet, dans son arrêt, le Tribunal rappelle que la maîtrise de l'organisation des services échappe au droit communautaire.

¹¹¹⁰ Conclusions de l'avocat général Jacobs dans cette affaire, § 61, [1994] I-1927.

¹¹¹¹ Ibid., § 62, I-1928.

¹¹¹² Ibid., pt 27, I-1940.

¹¹¹³ Sur ce point seulement, car la Cour poursuit en montrant que la transmission du contrat ne pourrait se faire, suivant la jurisprudence *AKZO*, qu'avec le consentement (ou éventuellement la contestation et le recours) de

droit communautaire interdit la Commission de divulguer des informations présentant un caractère confidentiel aux autorités administratives des Etats membres, car celles-ci ne sont pas en mesure d'assurer une protection efficace des tiers.

394. c.2) La seconde hypothèse a été soulevée dans un arrêt *Postbank*. Dans cette affaire, plusieurs opérateurs bancaires néerlandais ont demandé et obtenu de la part de la Commission la production, devant les juges nationaux recherchant l'application directe des articles 81 et 82 du traité, de documents (la communication des griefs et le procès-verbal de l'audition) auxquels ils avaient eu accès, en tant que tiers, au cours d'une procédure administrative devant la Commission. La société *Postbank*, destinataire de ces documents, prétend que cette décision était contraire à l'article 288 CE et au Règlement 17, ces documents se fondant sur des informations qu'elle avait expressément qualifiées de secrets d'affaires. La question qui se pose est donc de savoir si la protection communautaire du secret comporte l'obligation pour la Commission de refuser la divulgation d'informations confidentielles recueillies au cours de la procédure administrative aux autorités judiciaires nationales.

Si l'on veut comprendre le raisonnement complexe du Tribunal dans cette affaire, deux étapes doivent être distinguées dans l'analyse. Il faut d'abord prendre en compte le « *principe de coopération loyale* » prévu à l'article 10 du traité: « en effet, la présente affaire vise un exemple de coopération entre la Commission et les juges nationaux, dans la mesure où les juges, grâce à la production desdits documents par une des parties à la procédure judiciaire, pourront les utiliser dans le cadre de leur appréciation de l'existence d'éventuelles violations des articles 85 et 86 du traité [81 et 82] »¹¹¹⁴. Mais si l'on transpose les résultats de la jurisprudence *SEP*, il apparaît que le principe de coopération doit céder devant les exigences du respect du secret professionnel.

Telle n'est pourtant pas la solution retenue. En effet, *ce principe et la coopération qui en découle ne s'appliquent pas de la même façon aux juges et aux autorités administratives*¹¹¹⁵. Car les juges ont, par rapport aux autorités administratives, l'avantage d'être les gardiens naturels des droits individuels. De là deux conséquences. En premier lieu, le droit des entreprises, détentrices de ces informations, de se défendre dans le cadre d'une procédure judiciaire nationale doit être absolument respecté et, par conséquent, la production des documents litigieux doit être autorisée¹¹¹⁶. En second lieu, « même si la production par l'une des parties à cette procédure des documents contenant les informations susvisées est de nature à affaiblir la position des entreprises concernées par celles-ci, il appartient néanmoins au juge national de garantir, sur la base des règles internes de procédure, la protection des droits de la défense de ces entreprises »¹¹¹⁷. Dès lors, comme le souligne B. Geneste, « la charge de la protection de la confidentialité pèse, alors,

l'entreprise concernée. On ne peut donc conclure de la production de ce contrat à sa transmission. Le pourvoi doit être rejeté.

¹¹¹⁴ TPICE, 18 septembre 1996, *Postbank/Commission*, T-353/94, pt 63, II-945.

¹¹¹⁵ Ibid., pt 70, II-947. Comp. CJCE, 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, I-4785 (pour l'analyse, *supra*, §§ 297 et ss.).

¹¹¹⁶ Ibid., pt 68, II-947.

¹¹¹⁷ Ibid., pt 72, II-948.

sur les juridictions nationales »¹¹¹⁸. Il reste que la Commission doit prendre certaines précautions avant de transmettre ces données. « La procédure Akzo » est recommandée¹¹¹⁹.

395. Il ressort donc, en thèse générale, que la communication aux autorités judiciaires peut être effectuée sous certaines conditions, alors que la communication aux autorités administratives est, en toute hypothèse, interdite. Cette thèse est simple: *le secret peut fléchir devant le juge, mais non pas devant les autorités administratives ni devant les intérêts privés*. C'est la thèse classique de l'Etat de droit.

B. « Le secret gardé »

396. Le droit communautaire protège le secret interne à tous les niveaux institutionnels. Au niveau « constitutionnel », les délibérations du Conseil sont protégées, de manière à donner aux Etats les garanties de discrétion auxquelles ils ont droit¹¹²⁰. Au niveau juridictionnel, le Statut de la Cour prévoit que « les délibérations de la Cour sont et restent secrètes ». Au niveau administratif, « ce ne sont pas seulement les secrets extérieurs confiés à l'administration qui ne doivent pas être divulgués, c'est la vie intérieure de l'administration elle-même qui doit être protégée; ainsi se manifeste une idée qui (...) domine toute la matière du secret professionnel: chaque institution en tant que foyer d'activité, entant qu'organisme doué d'une vie propre, doit recevoir une certaine protection contre la curiosité et l'inquisition extérieures »¹¹²¹. Le secret ne provient plus de l'extérieur. Au contraire, il est propre à l'autorité publique, en quelque sorte intime. Il garantit le bon déroulement des délibérations de la Commission¹¹²². Il serait « nécessaire que les services de la Commission puissent s'exprimer à l'égard des affaires en cause en toute liberté au sein de leur institution »¹¹²³. Communiquer les documents internes relève

¹¹¹⁸ B. GENESTE, *op. cit.*, 1311. Sur l'influence de cette jurisprudence en droit français de la concurrence, A. POTOCKI, *Brèves Observations sur la Protection des Secrets d'Affaires dans l'Ordonnance du 1er Décembre 1986*, Gaz. Pal., 13 février 1997, 268-271.

¹¹¹⁹ « Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que, contrairement aux allégations de la requérante, dans le cadre de la procédure d'application des règles communautaires de la concurrence, la Commission n'enfreint pas, en principe, l'article 214 du traité, lorsqu'elle s'abstient d'interdire la communication aux juges nationaux de documents contenant des informations confidentielles et des secrets d'affaires. Cette institution méconnaît son obligation de respecter le secret professionnel uniquement si elle permet la transmission de tels documents aux autorités judiciaires sans prendre les précautions nécessaires, y compris, le cas échéant, de nature procédurale, en vue de protéger l'éventuel caractère confidentiel ou de secret d'affaires de ces informations. » (Ibid., pt 93, II-956; pts 90 et 91, II-955-956). Il est vrai que, dans des « hypothèses exceptionnelles », la Commission peut aller jusqu'à refuser la communication de certains documents. Il en va ainsi dans les cas où le refus « constitue la seule mesure apte à assurer la protection des droits des tiers, qui, en principe, revient aux juges nationaux » ou lorsque « la divulgation de ces données serait susceptible d'entraver le fonctionnement et l'indépendance des Communautés » (Ibid., pt 93, II-956-957).

¹¹²⁰ Sur le lien entre supranationalité et secret, voir P.-H. TEITGEN, *op. cit.* Rappelons cependant que, afin de donner l'exemple en matière de transparence, des modalités de publicité ont été introduites dans les pratiques du Conseil par le traité d'Amsterdam et, plus précisément, par le nouveau règlement de procédure du Conseil du 31 mai 1999 (Cf. G. ISAAC, *DROIT COMMUNAUTAIRE GENERAL*, Armand Colin, Paris, 7ème éd., 1999, 87).

¹¹²¹ P. REUTER, *op. cit.*, 51.

¹¹²² Communication 97/C, I.A.3.

¹¹²³ Ibid., II. A. 3. Dans le même sens, J.M. JOSHUA, *Proof in Contested EEC Competition Cases. A Comparison with the Rules of Evidence in Common Law*, ELR, 1987, 315-353. L'auteur estime en général que « le principal argument en faveur du maintien de la confidentialité des travaux internes du gouvernement est le besoin de franchise (candour) » (349).

d'une "monstruosité": en effet, « les documents internes, *de par leur nature*, ne sont pas des preuves sur lesquelles la Commission peut se baser dans son évaluation des circonstances de l'affaire »¹¹²⁴. C'est l'expression d'un lointain pouvoir de *police*, qui a le secret pour ressort essentiel.

397. Il reste que de tels documents peuvent être utiles à la défense. Le principe de l'égalité des armes voudrait que la Commission puisse les tenir, sous certaines conditions, à la disposition des parties. A cet égard, cependant, la position de la Commission n'a jamais fléchi¹¹²⁵. Il est remarquable que, dans la Communication, les documents internes bénéficient d'un traitement particulier. En principe, ils ne sont pas accessibles¹¹²⁶. Mais il y a plus: ils ne sont pas inclus dans la liste détaillée établie pour les documents « secrets d'affaires » et « autres documents confidentiels »¹¹²⁷. Ils font partie d'un recueil distinct, qui n'est soumis qu'au contrôle éventuel du conseiller-auditeur. Celui-ci ne peut intervenir que pour « certifier la qualité de "documents internes" des pièces qui y sont rassemblées »¹¹²⁸. Mais, à défaut de liste mise à disposition des entreprises, comment une demande précise de vérification pourrait-elle être adressée?

1. L'inaccessibilité des documents internes

398. Il est loisible de les classer en deux catégories. La première regroupe *les documents de travail*. Il faut en distinguer deux sortes: d'une part, les documents purement internes¹¹²⁹; d'autre

¹¹²⁴ Communication 97/C, I.A.3 (nous soulignons). Ainsi, « les documents internes à la Commission, tels que les projets de décision ou les correspondances avec les Etats membres, n'ont pas le caractère d'éléments de preuve » (Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *BPB Industries/Commission* (C-310/93 P), § 127, [1995], I-894; confirmées par la Cour, pt 25, I-908). Le Tribunal relève que le rapport du conseiller-auditeur « n'a pas pour objet de compléter ou de corriger l'argumentation des entreprises, ni de formuler des griefs nouveaux ou de fournir des éléments de preuve nouveaux à l'encontre de celles-ci » (TPICE, 17 décembre 1991, *Enichem Anic/Commission*, T-6/89, not. pts 53 et 54, II-1647-1648). Au sujet de l'avis du Comité consultatif: « quel que soit l'avis du comité, la Commission ne peut baser sa décision que sur des faits sur lesquels les entreprises ont eu l'occasion de s'expliquer » (CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion Française/Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, pts 35 et 36, Rec. 1887).

¹¹²⁵ Ainsi, « La Commission considère comme confidentiels et, par conséquent, comme inaccessibles pour une entreprise déterminée, les documents suivants : les documents ou parties de ceux-ci contenant des secrets d'affaires d'autres entreprises; les documents internes de la Commission, tels que les notes, projets ou autres documents de travail; toutes autres informations confidentielles... » (Commission des C.E., *Douzième Rapport sur la politique de la concurrence* (1982), 40-41).

¹¹²⁶ Ce principe a été récemment réaffirmé par le Tribunal dans l'affaire des « Ciments » (TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 420).

¹¹²⁷ Communication 97/C, II. A. 1.4.c.

¹¹²⁸ Ibid., II. A. 2.

¹¹²⁹ A savoir: les demandes d'instruction à la hiérarchie et les instructions de celles-ci sur le traitement d'une affaire; les consultations des autres services de la Commission sur une affaire; les projets et autres documents de travail, les contrats d'assistance technique ponctuelle sur un aspect spécifique du dossier (Communication, II.A. 2a, 2b, 2c, et 2e); les rapports d'évaluation finale des inspecteurs ayant effectué une vérification (Commission des C.E., *Treizième Rapport sur la politique de concurrence* (1983), § 74 ter, 69).

part, la correspondance entretenue avec d'autres autorités publiques, soit les autorités nationales compétentes¹¹³⁰, soit d'autres autorités publiques, dans le cadre d'accords internationaux¹¹³¹.

399. La seconde catégorie regroupe les *documents d'autorités extérieures*, considérées comme des aides à la décision. Tels sont d'une part le rapport du conseiller-auditeur, d'autre part l'avis du Comité consultatif. A l'issue des auditions, le conseiller-auditeur rédigera un rapport au Directeur général de la concurrence concernant le déroulement de l'audition et les conclusions qu'il en tire¹¹³². Mais des termes du mandat du conseiller-auditeur, le juge communautaire a déduit que ce rapport doit être considéré comme un document purement interne à la Commission. Il en résulte deux conséquences fâcheuses. D'une part, la transmission du document au Comité consultatif et la Commission ne doit pas être regardée comme obligatoire¹¹³³. Mais, surtout, le Tribunal déclare que « les entreprises n'ont pas le droit, au titre du respect des droits de la défense, d'exiger la communication du rapport du conseiller-auditeur pour pouvoir le commenter »¹¹³⁴. Il en va de même de l'avis du Comité. Si, en vertu de l'article 10 § 3, du Règlement 17/62, la Commission est obligée de consulter, préalablement à certaines décisions, le comité consultatif en matière de positions dominantes¹¹³⁵, cette consultation ne peut toutefois avoir lieu qu'après les auditions des personnes intéressées¹¹³⁶. Cet avis est dépourvu de tout caractère contraignant. Au terme de l'article 10, « le résultat de la consultation fait l'objet d'un compte rendu écrit qui sera joint au projet de décision. Il n'est pas rendu public ». Dans un arrêt du 7 juin 1983, la Cour de justice a jugé que « l'absence de communication de l'avis n'est pas

¹¹³⁰ Le Tribunal a jugé que les correspondances avec les Etats membres ne peuvent être rendues accessibles en raison de leur caractère purement interne (TPICE, 1er avril 1993, *BPB Industries et Bristish Gypsum/Commission*, T-65/89, pt 33, II-406).

¹¹³¹ Sur les relations de la Communauté avec les Etats tiers en cette matière, v. L. IDOT, *Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence: à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel*, in *LES ASPECTS CONTEMPORAINS DU DROIT DE LA DISTRIBUTION ET DE LA CONCURRENCE*, Centre de droit des affaires (Toulouse I), Montchrestien, 1996, 109-126. Sans doute le respect des engagements internationaux et « les relations de confiance avec les pays tiers » constituent-ils un motif légitime de restreindre l'accès à ce genre de documents. Mais cette restriction devrait être opérée dans le respect des droits de la défense. Le fait qu'une exception est possible pourvu qu'elle soit « solidement justifiée par des motifs liés au respect des droits de la défense » paraît insuffisant (Communication 97/C, note 19). Dans la mesure où ces documents font partie du recueil interne, les particuliers n'en auront pas connaissance. .

¹¹³² Art. 8 de la Décision 94/810. Dans ce rapport, les observations du conseiller-auditeur peuvent porter sur tout sujet relatif à l'affaire, notamment sur la nécessité d'un complément d'informations, l'abandon de certains griefs ou la communication de griefs supplémentaires.

¹¹³³ Ainsi, TPICE, 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, pt 303, II-1818; TPICE, 10 mars 1992, *Hüls/Commission*, T-9/89, pt 84, II-538.

¹¹³⁴ TPICE, 24 octobre 1991, *Petrofina/Commission*, T-2/89, pt 55, II-1113; II-1818 (v. la jurisprudence de la Cour relatif à l'accès aux documents internes de la Commission: CJCE, 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB/Commission*, aff. jtes 43 et 63/82, pt 25, Rec. 59). Il est vrai que, d'après les observateurs, « le conseiller-auditeur n'a fait usage que dans un petit nombre de cas de son droit de référer directement ses observations au membre de la Commission chargé des questions de concurrence » (Commission des C.E., *Dix-huitième Rapport sur la politique de concurrence* (1989), 54; confirmé par C.S. KERSE, *op. cit.*, 170, note 73. Ce droit est exercé sur la base de l'article 9 de la Décision 94/810). Il n'en demeure pas moins vrai que l'accès des entreprises à ce document est souhaitable. Il en est à plus forte raison ainsi que l'on sait que de nouveaux échanges peuvent s'engager, si nécessaires, entre la Commission et les parties au terme de ces auditions. En ce cas, les parties devraient pouvoir avoir connaissance du rapport (en ce sens, aux Etats-Unis, M.D. BAYLES, *op. cit.*, 49-50).

¹¹³⁵ Il s'agit des décisions consécutives à une procédure visée à l'article 10 § 1 du Règlement 17/62 et des décisions concernant le renouvellement, la modification ou la révocation d'une décision prise en application de l'article 81 § 3 CE.

contraire au principe du respect des droits de la défense ». En effet, « donner aux entreprises l'occasion de s'exprimer sur cet avis et, partant, sur l'avant-projet de la décision équivaldrait à rouvrir le stade antérieur de la procédure, ce qui est contraire au système voulu par le règlement... ».

400. A l'encontre de ces solutions, on serait tenté de faire valoir, par analogie, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme prescrivant le respect du contradictoire et de l'égalité des armes aux magistrats indépendants chargés de proposer une solution juridique dans un litige juridictionnel. Cependant, l'analogie est forcée. D'une part, cette jurisprudence ne touche que les procédures juridictionnelles. D'autre part et surtout, la Cour a jugé qu'une telle jurisprudence ne s'applique pas dans le cadre communautaire¹¹³⁷.

2. Vers l'adoption d'une procédure d'accès limité

401. Que ces documents n'aient pas pour objet de fournir des éléments de preuve dans l'enquête est certainement une garantie. Mais, dans la mesure où ils peuvent constituer le socle de l'argumentation développée dans la procédure, l'accès à ces documents devrait être organisé, sous certaines conditions.

Comment en favoriser l'accès? On a pu vouloir tirer parti d'une ordonnance du Tribunal de première instance en date du 19 juin 1996¹¹³⁸. Dans cette affaire relative au traité CECA, le Tribunal juge que les documents internes doivent lui être communiqués, à charge pour la Commission de demander que la confidentialité de ceux-ci soit préservée. Il n'y a aucun obstacle à ce que cette jurisprudence puisse être appliquée, par extension, au domaine de la CE¹¹³⁹. La formulation est générale:

« le Tribunal est amené à trancher un conflit entre, d'une part, le principe de l'*efficacité* de l'action administrative, et, d'autre part, le principe du contrôle judiciaire des actes de l'administration, dans le respect des droits de la défense et du caractère *contradictoire* de la procédure. »¹¹⁴⁰

¹¹³⁶ Article 2 du Règlement 2842/98.

¹¹³⁷ CJCE (Ordonnance), 4 février 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, I-665, not. pts 10 et ss. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour est en accord avec celle des juridictions françaises (v., notamment, D. SIMON, *L'avocat général a le droit de se tromper de chambre...*, Europe, avril 2000, « Repères » et n° 90; *adde*: J.C. BONICHOT & R. ABRAHAM, *Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP, 1998, I-176; F. ROLIN, *Procédure*, AJDA, 1999, 70-75.

¹¹³⁸ TPICE, Ordonnance du 19 juin 1996, *NMH Stahlwerke e.a./Commission*, T-134 à 138/94, T-141/94, T-145/94, T-147 et 148/94, T-151/94, T-156 et 157/94, II-537. En ce sens, M. LEVITT, *Access to the File: The Commission's Administrative Procedures in Cases under Articles 85 and 86*, CMLR, 1997, 1414-1444.

¹¹³⁹ De fait, le Tribunal s'exprime à cet égard en termes généraux: « En effet, le principe même du contrôle juridictionnel des actes de l'administration, dans une Communauté de droit, fait obstacle à l'application d'une règle générale de confidentialité administrative vis-à-vis de la Cour » (pt 69, II-571). Voir, cependant, C.D. EHLERMANN & B.J. DRÜBER qui tentent d'en atténuer la portée (*Legal Protection of Enterprises: Administrative Procedure, in Particular Access to Files and Confidentiality*, ECLR, 1996, 383).

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, pt 74, II-572 (nous soulignons).

Voilà formulé le conflit qui traverse toute la matière. Mais le problème posé ici est uniquement de droit judiciaire¹¹⁴¹. Dans le cadre administratif, comme l'ont montré les affaires *SEP* et *Postbank*, il se pose différemment¹¹⁴².

402. Cette jurisprudence nous met néanmoins sur la voie de la contradiction essentielle. L'efficacité administrative recommande d'accorder une protection spéciale aux documents internes de la Commission. Mais cette protection ne doit pas porter atteinte à la substance même des droits des particuliers. Or, la difficulté tient en grande partie à ce que la Commission a adopté une conception extensive de la notion d'efficacité: d'après cette conception, « l'efficacité » équivaut à une « simplification »¹¹⁴³. Dès lors, la simplification s'accommode mal avec la divulgation, même de versions non confidentielles. *Il est en principe utile de ne pas confondre une efficacité de l'action publique fondée sur la défense de l'ordre public, qui est légitime, et une efficacité de gestion motivée par un souci de réduction des coûts, qui ne doit pas être accomplie au détriment de droits subjectifs.* Il est vrai qu'en pratique, la distinction sera plus difficile à opérer.

403. Aussi, convient-il d'aménager une procédure qui permette de trier les intérêts légitimes en jeu dans chaque cas d'espèce¹¹⁴⁴. A cet effet, la procédure « Akzo » paraît idéale. Elle repose sur quelques principes simples:

1° Il n'appartient pas à la Commission de décider seule de la pertinence de ces documents pour la défense. Elle devrait en conséquence fournir une liste des documents qu'elle utilise pour

¹¹⁴¹ Que cette transmission entraîne la divulgation aux parties, cela est conforme au caractère contradictoire de toute procédure juridictionnelle: « les pièces transmises à la Cour et au Tribunal en application de l'article 23 du statut (CECA) de la Cour doivent en principe être rendues accessibles à toutes les parties à la procédure » (pt 70, II-571, qui se poursuit en citant l'arrêt *SNUPAT* consacrant « un principe élémentaire du droit »). Mais ce principe comporte certains tempéraments: « le Tribunal considère qu'on ne saurait exclure, a priori, l'éventualité d'une atteinte au bon fonctionnement des institutions, préjudiciable à la réalisation des objectifs du traité CECA, en cas de divulgation inconsidérée de certains documents qui, de par leur nature ou leur contenu, méritent une protection particulière » (pt 73, II-572). C'est bien pour cette raison que le Tribunal se contente, en un premier temps, d'ordonner à la Commission de spécifier « de manière circonstanciée et concrète, dans les six semaines (...), les raisons pour lesquelles elle considère que certains documents qualifiés par elle d'"internes", parmi les documents qui composent le dossier transmis par elle au Tribunal, ne peuvent, selon elle, être communiqués aux parties requérantes. Le cas échéant, elle transmettra au Tribunal, dans le même délai, une version non confidentielle de ces documents ». Ainsi, l'information est portée à la connaissance du juge, non à celle des particuliers. Il est vrai qu'on pouvait aller plus loin en exigeant une divulgation complète au juge à ce stade de la procédure. Une telle divulgation est permise « dans des circonstances exceptionnelles » (M. LEWITT, *op. cit.*, notes 34 et ss.), par exemple lorsqu'un détournement de pouvoir est allégué (Ordonnance de la Cour, 18 juin 1986, *BAT et Reynolds/Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, pt 11, Rec. 1904).

¹¹⁴² L'argument des requérantes dans cette affaire repose entièrement sur une opposition entre procédure judiciaire et procédure administrative: « Alors qu'il pourrait, selon elles, y avoir un intérêt public assez évident à assurer la protection du caractère confidentiel des documents et du processus menant à l'adoption d'une décision, notamment pour des motifs d'efficacité administrative, la situation serait différente, une fois cette décision adoptée, au stade du contrôle de légalité par la Cour... Au stade de la procédure judiciaire, en revanche, la règle serait que tous les documents, internes ou autres, doivent être communiqués à la Cour et aux requérantes, s'ils sont pertinents pour la solution des questions en litige ».

¹¹⁴³ Communication 97/C, II. A. 2.

¹¹⁴⁴ Cf. A. SAGGIO & C. IANNONE, *Le informazioni riservate e gli segreti commerciali nel diritto comunitario della concorrenza*, in *ANTITRUST BETWEEN EC LAW AND NATIONAL LAW*, E.A. Raffaeli (ed.), Bruylant, Giuffrè, Bruxelles, Milan, 1998, 539.

l'enquête et établir des versions non confidentielles des documents qu'elle considère comme non accessibles¹¹⁴⁵.

2° Des garanties procédurales doivent être prévues. Ainsi, en cas de contestation, la Commission devrait justifier la non-divulgence de ces documents. En cas de désaccord persistant, le conseiller-auditeur serait saisi.

3° Ces garanties doivent être mises sous la protection du juge qui décidera en dernier ressort¹¹⁴⁶. Il faut admettre que le juge pourra décider de garder pour lui le bénéfice de la connaissance de ces informations¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁵ A cet égard, il faut noter que la nature d'actes préparatoires de certains de ces documents ne sauraient faire obstacle à leur divulgation. Les parties sont parfaitement capables d'en tenir compte (voir, par analogie: « s'agissant, par exemple, comme celui de l'espèce, le juge national peut notamment tenir compte du caractère provisoire de l'avis de la Commission exprimé dans la communication des griefs et de la possibilité de suspendre la procédure nationale dans l'attente de l'adoption, par cette institution, d'une position définitive. Le prétendu effet préjudiciable de la transmission de certains documents aux juges nationaux ne peut donc nullement justifier que la Commission interdise purement et simplement une telle production » (TPICE, 18 septembre 1996, *Postbank/Commission*, T-353/94, pt 72, II-948).

¹¹⁴⁶ Le problème est remarquablement posé par l'avocat général Warner en référence à la jurisprudence de la Chambre des Lords dans une affaire de fonction publique: « il surgit dans une telle situation un conflit entre deux aspects de l'intérêt général, (1) d'une part, on en doit pas refuser de rendre justice à quiconque en écartant de la procédure les preuves pertinentes mais (2) d'autre part, le fonctionnement adéquat des institutions publiques ne doit pas être menacé par la divulgation d'informations confidentielles. La Chambre des Lords a posé en cette occasion le principe selon lequel il incombait à la juridiction compétente de peser dans chaque cas ces aspects contradictoires de l'intérêt général et qu'en cas de doute, cette juridiction devait elle-même examiner le document litigieux et décider si sa valeur probatoire l'emportait sur les inconvénients que sa divulgation était susceptible de provoquer » (Conclusions présentées dans l'affaire *Mills/Banque d'investissement*, [1976] Rec. 1635).

¹¹⁴⁷ P. REUTER, *op. cit.*, 63.

Chapitre III

L'INFLATION DE LA MOTIVATION

404. « De toutes les règles procédurales et formelles, c'est la motivation dont la méconnaissance est le plus souvent invoquée, si bien que le juge communautaire a été amené à développer sur ce point un corpus jurisprudentiel très étoffé »¹¹⁴⁸. C'est que l'étendue de la motivation est très large. En droit économique, elle a fait l'objet d'une véritable inflation. En même temps que la protection du droit d'être entendu et du droit d'information progressait, l'obligation de motivation se développait. Pourtant, cette obligation n'entre pas dans la définition stricte des droits de la défense consacrés par la Cour de justice. Mais, justement, il semble que le juge s'en soit servi pour compenser la protection procédurale qui n'a pas été reconnue aux *tiers intéressés*. Elle se dote, par là même, d'un instrument puissant capable de légitimer son propre contrôle.

405. L'inflation de la motivation vient aussi de ce que, sous ce moyen, peuvent être rangés deux principes distincts, confondus en pratique. Souvent le juge prend en charge non seulement le contrôle du caractère *suffisant* de la motivation (I), mais aussi le contrôle du *bien-fondé* de la motivation (II)¹¹⁴⁹. Le regroupement sous un même moyen d'ouverture de la motivation *a posteriori* et de la motivation qui pèse sur l'administration tout au long du déroulement de la procédure est critiquable¹¹⁵⁰. Cette solution est en général justifiée par un souci pratique de protection des requérants. Mais elle ne l'est pas du point de vue de la cohérence juridique. En effet, le prétendu "bien-fondé de la motivation" n'est rien d'autre qu'une formulation incorrecte et dérivée du principe d'impartialité. En ce cas, le contrôle ressort moins à l'examen de forme qu'à l'examen de fond¹¹⁵¹. Il serait bon, si l'on veut les réunir, d'envisager le contrôle de la motivation comme un moyen spécifiquement procédural. Telle est du moins l'hypothèse que nous envisagerons.

SECTION I. L'OBLIGATION DE MOTIVATION

406. L'article 253 dispose que « les règlements, les directives et les décisions adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, ainsi que lesdits actes adoptés par le Conseil ou la Commission sont motivés ». Cette exigence serait chose simple, il serait vite fait d'en déterminer le contenu, si elle répondait à une direction unique ou simplement à un principe

¹¹⁴⁸ D. RITLENG, *LE CONTROLE DE LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 90.

¹¹⁴⁹ TPICE, 29 juin 1993, *Asia Motor France SA e.a./Commission*, T-7/92, pts 30 et ss., II-682.

¹¹⁵⁰ *Contra*, voir P. ANTUNES, *La motivation des décisions en droit communautaire de la concurrence*, in *DROITS DE LA DEFENSE ET DROITS DE LA COMMISSION DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1994, 273-279.

¹¹⁵¹ Voir par ex. TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, pt 120, II-175.

de bon sens. Mais l'exigence est à la fois polymorphe et complexe. Il est difficile d'y voir clair. C'est ainsi qu'il apparaît nécessaire, tous les dix ans environ, de faire le point¹¹⁵².

407. Une première chose est certaine: « la motivation des actes communautaires apparaît comme un souci permanent des auteurs du traité »¹¹⁵³. Elle revêt ainsi une valeur constitutionnelle¹¹⁵⁴. Elle est générale, et s'applique à la fois aux actes individuels et aux actes normatifs¹¹⁵⁵. Par ces deux points, l'obligation se distingue des droits de la défense¹¹⁵⁶. Effectivement, l'analyse révèle que c'est principalement en vue de la protection des tiers que ce contrôle a été développé. On regrettera que le juge communautaire n'ait pas exploité toutes les ressources procédurales que cette obligation recèle, et qui apparaissent à la lecture de quelques jurisprudences isolées¹¹⁵⁷. Mais cette restriction est parfaitement consciente: elle est directement liée à une conception générale de la procédure. Elle se manifeste dans la conception (I), dans le contenu (II) et dans la sanction de cette obligation (III).

§ I. UNE CONCEPTION « CONTENTIEUSE » DE LA MOTIVATION

408. La jurisprudence assigne un but invariable à l'obligation de motivation (A). Elle reconnaît cependant que son étendue peut varier¹¹⁵⁸. En droit économique, elle apparaît comme un instrument d'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration (B) et de protection des tiers intéressés (C).

A. Les buts de la motivation

409. Classiquement, d'après la jurisprudence communautaire, l'exigence de motivation poursuit essentiellement deux objectifs:

« en imposant à la Commission l'obligation de motiver ses décisions, l'article 190 ne répond pas seulement à un souci formel, mais vise à donner aux parties la possibilité de

¹¹⁵² G. LE TALLEC & C.D. EHLERMANN, *La motivation des actes des Communautés Européennes*, RMC, 1966, 179-187; C. HEN, *La motivation des actes des institutions communautaires*, CDE, 1977, 49-91; F. SCHOCKWEILER, *La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national*, CDE, 1989, 3-40; J.-V. LOUIS, *Article 190*, in *COMMENTAIRE MEGRET. Le droit de la CEE*, vol. X, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993, 523-529.

¹¹⁵³ C. HEN, *op. cit.*, 50. Art. 5 et art. 15 traité CECA.

¹¹⁵⁴ On a fait remarquer que, au moment de son introduction dans le traité, cette obligation revêt en droit communautaire une valeur bien supérieure à celle qui lui est reconnue dans la plupart des systèmes juridiques nationaux (F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*).

¹¹⁵⁵ La Cour est même allée plus loin « en soumettant à la règle de motivation des actes décisifs qui ne figurent pas dans la nomenclature des actes communautaires de l'article 189 CEE » [249 CE] (voir les analyses de D. RITLENG, *Motivation*, in *DICIONNAIRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES*, A. Barav & C. Philip (éd.), PUF, Paris, 1993, 693-701).

¹¹⁵⁶ Ceux-ci, on l'a vu, en attendant l'adoption éventuelle d'une Charte des droits fondamentaux, ne sont pas consacrés par le traité, mais surtout ils ne s'imposent que dans le cadre des procédures individuelles.

¹¹⁵⁷ Voir, dans le contexte de la jurisprudence anglaise, l'analyse remarquable de G. RICHARDSON, *The Duty to Give Reasons: Potential and Practice*, Public Law, 1986, 437-469.

¹¹⁵⁸ CJCE, 7 avril 1987, *Sison/Commission*, aff. 32/86, Rec. 1645.

défendre leurs droits, à la Cour d'exercer son contrôle et aux Etats membres, comme à tout ressortissant intéressé, de connaître les conditions dans lesquelles la Commission a fait application du traité »¹¹⁵⁹.

A ces deux objectifs s'en ajoute un troisième: « une exigence de motivation détaillée des actes administratifs peut être de nature à obliger l'administration à expliciter pour elle-même les raisons d'une décision »¹¹⁶⁰. Théoriquement, la motivation peut être conçue dans le triple intérêt du juge, de l'administré et de l'administration.

410. Le premier objectif répond à une conception classique qui donne au juge le statut de gardien de l'administration. D'après cette vue « contentieuse », la communication des motifs a principalement pour objet de donner au juge la possibilité d'exercer pleinement son contrôle de la légalité. Expression de la « Communauté de droit », elle est un « élément fondamental reliant la procédure administrative et la procédure judiciaire »¹¹⁶¹.

L'intérêt de la motivation pour l'administration est plus difficilement admis par le juge. Suggérant un contrôle de la qualité du processus décisionnel, il recèle en effet le risque d'une confusion entre les motifs et la motivation. Ce sont deux notions proches en pratique mais distinctes en théorie: tandis que les premiers « peuvent se définir comme tous les éléments de fait et de droit qui expliquent la décision administrative », la motivation « ne relève que de la légalité externe, extérieure à la décision proprement dite »¹¹⁶². Dès lors, si les motifs sont « obligatoires en raison d'une règle de fond », « la motivation n'est qu'une règle de forme ». Or, au titre de ce moyen, le juge considère qu'il ne lui appartient pas d'entrer dans l'examen du fond. C'est bien cet objectif qui resurgira dans l'examen du principe d'impartialité.

L'objectif de protection des parties repose une conception morale de la procédure. Pour définir l'obligation, G. Isaac en appelle au « droit naturel », selon Condorcet: celui-ci « exige que tout homme qui emploie contre des membres de la société la force qu'elle lui a confiée, lui rende compte des causes qui l'y ont déterminé »¹¹⁶³. Bien fondé en raison, cet objectif demeure ambigu dans son application. En pratique, le juge ne paraît l'admettre qu'en relation avec l'idée d'un contrôle juridictionnel.

411. En analysant une jurisprudence très abondante, on pourrait sans doute trouver des cas qui puissent être rattachés à chacun de ces trois objectifs. Au reste, il ne peut être question que de citer des exemples. Néanmoins, il est clair qu'en droit économique la « vue contentieuse » est

¹¹⁵⁹ CJCE, 4 juillet 1963, *Allemagne/Commission*, aff. 24/62, Rec. 143.

¹¹⁶⁰ Conclusions de l'avocat général B. Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission*, T-1/89, [1991] II-907.

¹¹⁶¹ K. LENAERTS & J. VANHAMME, *op. cit.*, 563. Les auteurs rangent significativement l'exigence sous l'étude du contrôle juridictionnel.

¹¹⁶² Sur ce point, G. BLANC, *Motifs et motivation des décisions administratives*, Revue administrative, 1998, 495-500.

¹¹⁶³ G. ISAAC, *op. cit.*, 546-547. Cette phrase est extraite d'un texte superbe de Condorcet sur la procédure, *REFLEXIONS D'UN CITOYEN NON GRADUE, sur un procès très-connu (1786)*, in *ŒUVRES*, t. VII, Verlag, Stuttgart, 1968, not. 152).

dominante. La motivation est d'abord un instrument de contrôle juridictionnel. De là découlent de nombreuses conséquences, quant à la portée, au contenu et à la sanction de l'obligation de motivation¹¹⁶⁴.

B. Un instrument d'encadrement du pouvoir discrétionnaire

412. La portée de l'obligation varie selon deux critères. Elle varie en premier lieu en fonction de la nature de l'acte. Elle devra être particulièrement « étoffée » à l'égard d'un acte individuel¹¹⁶⁵. Mais il suffira, pour un acte normatif, de « se borner à indiquer, d'une part, la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption, d'autre part les objectifs généraux qu'il se propose d'atteindre » : « dès lors, on ne saurait exiger que [la Commission] spécifie les différents faits parfois très nombreux et complexes au vu desquels le règlement a été adopté, ni a fortiori qu'elle en fasse une appréciation plus ou moins complète »¹¹⁶⁶. Cette jurisprudence ne saurait surprendre. Elle découle logiquement du caractère *dualiste* de l'ordre communautaire. En droit communautaire, la motivation ne peut être regardée comme un élément de nature à développer la participation au sein du processus normatif¹¹⁶⁷.

413. En second lieu, la motivation varie selon l'objet et la marge d'appréciation qui est laissée à l'administration pour l'adoption de l'acte en question. Dans la première jurisprudence de la Cour, on trouve le considérant selon lequel « l'obligation d'une motivation spécifique s'impose et doit être strictement observée en raison de la limitation du contrôle juridictionnel et du fait que l'autorisation demandée est subordonnée à la constatation, par la Haute Autorité de l'existence et du concours des conditions énumérées au paragraphe 2 de l'article 65 »¹¹⁶⁸. Cette dernière disposition concerne les décisions d'autorisation des ententes dans le domaine de la CECA. Etayé par les conclusions de l'avocat général Lagrange, ce considérant a paru fournir une explication de la jurisprudence variée de la Cour : « dans la mesure où la décision relève d'un pouvoir discrétionnaire, elles [les exigences de motivation] sont nécessairement réduites : il suffit que les motifs permettent de rendre compte, au moins *prima facie* (et sous réserve d'une preuve contraire établissant par exemple l'existence d'un détournement de pouvoir), de ce que la décision a bien été prise dans le cadre d'un pouvoir déterminé, conformément à l'intérêt général et sans arbitraire. Mais dans la mesure où l'exercice du pouvoir en cause est subordonné par la loi (qui est ici le traité) à des conditions déterminées, il faut que les motifs fassent clairement apparaître

¹¹⁶⁴ Pour une étude complète de la jurisprudence en la matière, D. RITLENG, *LE CONTRÔLE DE LEGALITÉ DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 90-97.

¹¹⁶⁵ C. HEN, *op. cit.*, 78.

¹¹⁶⁶ CJCE, 13 mars 1968, *W. Beus GMBH & Co./Hauptzollamt München*, aff. 5/67, Rec. 143 (125); v. en ce sens déjà les conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire *Emilia Barge/Haute Autorité* (aff. 18/62) : « Les nécessités sont évidemment différentes suivant la nature de la décision : pour les règlements, il s'agit essentiellement d'indiquer sur un plan général les buts poursuivis par le règlement, les raisons qui le justifient et les grandes lignes du système adopté ; il n'est pas nécessaire, en revanche, de commenter les diverses dispositions du texte, dès lors que celles-ci sont claires par elles-mêmes et s'insèrent normalement dans le système d'ensemble » ([1963] Rec. 578 ; la Cour se prononcera dans le même sens, Rec. 567).

¹¹⁶⁷ Comp. G. RICHARDSON, *op. cit.*, 450.

¹¹⁶⁸ CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr/Haute Autorité*, aff. jtes 36, 37, 38/59 et 40/59, Rec. 891.

que *toutes* ces conditions étaient remplies et pour quelles raisons de droit et de fait la Haute Autorité a estimé qu'elles l'étaient »¹¹⁶⁹.

414. Fallait-il en déduire que les actes découlant d'un pouvoir discrétionnaire peuvent se contenter d'une motivation réduite? Cela semble tellement clair qu'on a pu l'affirmer¹¹⁷⁰. Mais que désigne la notion de « pouvoir discrétionnaire » dans la langue de l'avocat général Lagrange? Voilà une chose qui, en droit économique, n'existe pratiquement pas. On désignerait plutôt ainsi des « décisions discrétionnaires », libres de tout encadrement normatif. En droit communautaire, elles sont rares¹¹⁷¹. En l'espèce, comme l'affirme la Cour, la décision exigeait « une constatation [qui], par sa nature même, comporte une appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques, et, de ce fait, échappe partiellement au contrôle juridictionnel »¹¹⁷². Tel est précisément le genre d'appréciation qui caractérise le pouvoir discrétionnaire de l'administration communautaire¹¹⁷³. En ce cas, si une motivation stricte était exigée, ce n'était point le résultat d'un pouvoir lié, mais parce que l'autorisation des ententes revêtait un caractère dérogatoire et exceptionnel nécessitant une certaine marge d'appréciation¹¹⁷⁴. Autrement, on ne comprendrait pas pourquoi, en droit communautaire, « une motivation détaillée est requise chaque fois qu'une décision individuelle met en œuvre un pouvoir d'appréciation »¹¹⁷⁵.

C. Un instrument de protection des tiers

415. De manière générale, en effet, « sans contrôler elle-même l'opportunité de la décision prise par l'organe communautaire, la Cour de Justice entend cependant vérifier si le pouvoir d'appréciation a effectivement été exercé »¹¹⁷⁶. L'obligation s'impose de la même manière à toutes les décisions prises sur la base d'un pouvoir d'appréciation. Ainsi ne peut-elle être appréhendée comme une garantie de la défense. Deux conséquences importantes découlent de là. Il en résulte, d'une part, que la Cour refuse d'étendre la portée de la motivation à l'égard des décisions infligeant une *sanction*¹¹⁷⁷. Elle retient seulement que, lorsqu'une décision « entraîne des conséquences graves » pour les intéressés, la motivation « doit clairement faire apparaître les motifs » qui la justifient¹¹⁷⁸. L'intensité de l'obligation ne se règle pas sur celle des droits de la

¹¹⁶⁹ Conclusions de l'avocat général Lagrange, [1960] Rec. 912.

¹¹⁷⁰ G. LE TALLEC & C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, 181.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, 182.

¹¹⁷² CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr/Haute Autorité*, aff. jtes 36, 37, 38/59 et 40/59, Rec. 891; l'avocat général Lagrange parle d'une mise en balance des éléments de l'entente (914).

¹¹⁷³ Voir l'analyse *supra*, §§ 128 et ss.

¹¹⁷⁴ Conclusions de l'avocat général Lagrange, Rec. 912. En ce sens, v. également CJCE, 1er juillet 1986, *Usinor*, aff. 185/85, Rec. 2092.

¹¹⁷⁵ F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, 35; Conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission*, T-1/89, [1991] II-907.

¹¹⁷⁶ F. RIGAUX, *Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits*, in *MISCELLANEA W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, t. II, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 372.

¹¹⁷⁷ « En ce qui concerne plus particulièrement les décisions infligeant une amende, la motivation doit être jugée suffisante dès lors qu'elle fait apparaître de façon claire et cohérente les considérations de fait et de droit sur lesquelles s'appuie la condamnation des intéressés, de manière à permettre tant à ceux-ci qu'à la Cour de connaître les éléments essentiels du raisonnement » (CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, aff. 41/69, pt 78, Rec. 682).

¹¹⁷⁸ En ce sens, TPICE, 12 janvier 1995, *Branco/Commission*, T-85/94, pt 33, II-57.

défense¹¹⁷⁹. Mais, d'autre part, par rapport à ces droits, son champ d'application est étendu. Vis-à-vis des *tiers* intéressés devant subir les conséquences de la décision adoptée, elle ne faiblit pas. Selon la Cour, « l'exigence de motivation doit être appréciée en fonction (...) de l'intérêt que les destinataires ou *d'autres personnes concernées* directement et individuellement par l'acte, au sens de l'article 173, alinéa 2, du traité, peuvent avoir à recevoir des explications »¹¹⁸⁰. Il est constant que la Commission doit tenir compte, pour la motivation de sa décision, des intérêts des plaignantes¹¹⁸¹.

416. On comprend ainsi que l'obligation de motivation ait pu être utilisée comme une compensation au défaut de protection procédurale des tiers au sein de la procédure administrative. Si l'étendue des droits à la participation et l'information peut être restreinte, la Commission doit « pourvoir sa décision finale autorisant le projet d'aide d'une motivation suffisante qui doit se prononcer sur tous les griefs essentiels que les intéressés, concernés directement et individuellement par cette décision, ont soulevés soit spontanément, soit à la suite des informations communiquées par la Commission. Ainsi, à supposer même que la Commission puisse, dans un cas d'espèce, valablement préférer exploiter d'autres sources d'information et réduire, par là même, l'importance de la participation des intéressés, cela ne le dispense pas de pourvoir sa décision d'une motivation adéquate »¹¹⁸². Cet élément de protection des intéressés est directement lié à la place du juge. Si la motivation mérite d'être étendue, c'est d'abord qu'elle remplit un rôle fondamental dans le cadre du contrôle juridictionnel¹¹⁸³.

§ II. LE CONTENU « FONCTIONNEL » DE LA MOTIVATION

417. La Cour a donné une définition du contenu de la motivation qui résulte des objectifs qui lui sont assignés. Ainsi, « pour atteindre ces objectifs, il suffisait à la décision d'explicitier de façon même succincte mais claire et pertinente, les principaux points de droit et de fait lui servant de support et nécessaires pour rendre compréhensible le raisonnement qui a déterminé la Commission »¹¹⁸⁴. Cependant, « il n'est pas exigé qu'elle discute tous les points de faits et de

¹¹⁷⁹ A. PLIAKOS estime pourtant qu'il faudrait lier l'obligation de motivation à la gravité des mesures prises par la Commission, suggérant un rapprochement de la motivation avec les droits de la défense (*LES DROITS DE LA DEFENSE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1987, not. 386-387).

¹¹⁸⁰ CJCE, 13 mars 1985, *Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commission*, aff. jtes 296 et 318/82, pt 19, Rec. 823 (nous soulignons).

¹¹⁸¹ En ce sens, conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Commission/Sytraval et Brink's France* (C-367/95 P), § 54, [1998] I-1739.

¹¹⁸² TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, pt 64, II-2436.

¹¹⁸³ Ibid., pts 96 à 120, II-2448-2456. Il reste que la Commission apparaît peu préoccupée du fait d'annulations prononcées pour défaut de motivation. Dans l'affaire *British Airways*, après l'annulation de sa décision par le Tribunal, la Commission était confrontée à trois options: soit de faire un recours contre le jugement, soit d'annuler son autorisation de versement de l'aide, soit de la confirmer en reformulant son argumentation sur les points litigieux. Elle choisit la dernière option: « convaincue que sa décision de 1994 était juste, elle a donc décidé de la clarifier » (Agence Europe, 23 juillet 1998, n° 7268, 9).

¹¹⁸⁴ CJCE, 4 juillet 1963, *Allemagne/Commission*, aff. 24/62, Rec. 143.

droit qui ont été soulevés par chaque intéressé au cours de la procédure administrative »¹¹⁸⁵. On verra dans cette position de la Cour un certain « pragmatisme »¹¹⁸⁶. Il convient en effet d'éviter qu'un simple défaut technique ou formel de motivation puisse conduire à l'annulation de la décision¹¹⁸⁷. Mais cette conception est avant tout « fonctionnelle » : il faut admettre que « c'est la Commission qui fixe de manière souveraine l'objet du débat dans l'affaire » ; c'est elle qui est « maîtresse du cadre de l'affaire et n'est en aucune manière tenue d'examiner plus en détail des preuves ou des arguments qu'elle peut considérer — à tort ou à raison comme le dit la Cour — comme dénués de pertinence dans le cadre ainsi défini »¹¹⁸⁸.

A. Le principe

419. Le principe est que la motivation doit être logiquement établie. Sous ce rapport, « il n'est pas nécessaire d'examiner si les conceptions de la Haute Autorité sont exactes en droit » ; « il importe uniquement qu'elles soient logiquement compatibles avec la décision arrêtée »¹¹⁸⁹. A ce titre, tout « défaut manifeste de logique » devra être pris en compte¹¹⁹⁰. L'étendue de l'obligation de motiver « ne se mesure pas en fonction des conditions pour agir révélées par une interprétation objective du texte du traité, mais uniquement en fonction des raisonnements adoptés par la Haute Autorité et des déductions logiques de celle-ci »¹¹⁹¹. Il convient donc de s'assurer de l'existence d'une « ligne de raisonnement compréhensible », qui « permet aux intéressés de connaître les raisons de la décision négative de la Commission et à la Cour de les contrôler »¹¹⁹².

420. Mais ce principe va plus loin qu'un simple contrôle de la logique du raisonnement, puisqu'il s'agit pour l'auteur de l'acte de mentionner les circonstances de fait sur lesquelles repose son appréciation. Ainsi, la Commission « est tenue de mentionner les chiffres et faits essentiels dont l'appréciation l'a amenée à prendre sa décision »¹¹⁹³. Une décision technique devra contenir « un exposé suffisant des raisons scientifiques susceptibles de justifier » la décision »¹¹⁹⁴. S'agissant d'une décision de sanction, « il suffit que chaque destinataire puisse dégager “avec précision” les “griefs” retenus à son égard »¹¹⁹⁵. La Commission doit mentionner « les circonstances particulières » prévues par la réglementation¹¹⁹⁶. Cette exigence de délivrer les

¹¹⁸⁵ CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, aff. jtes 209 à 215 et 218/78, pt 66, Rec. 3244. Plus précisément, « il s'ensuit que la Commission n'est pas tenue de répondre à ceux de ces points qui lui semblent dénués de pertinence » (TPICE, 24 octobre 1991, *Atochem/Commission*, T-3/89, pt 222, II-1247).

¹¹⁸⁶ K. LENAERTS & J. VANHAMME, *op. cit.*, 563.

¹¹⁸⁷ En ce sens, M. S. GIANNINI, *DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. I, 569 et ss. ; v. également R. CHAPUS, *DROIT ADMINISTRATIF GENERAL*, Montchrestien, Paris, 6ème éd., 1992, t. I, §§ 1139 et ss.

¹¹⁸⁸ Conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission*, T-1/89, [1991] II-909.

¹¹⁸⁹ CJCE, 20 mars 1957, *Geitling/Haute Autorité*, aff. 2/56, Rec. 37.

¹¹⁹⁰ Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Lemmerz-Werke GMBH/Haute Autorité* (aff. 111/63), [1964] Rec. 869.

¹¹⁹¹ Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *SOREMA/Haute Autorité* (aff. 36/64), [1965] Rec. 446-447.

¹¹⁹² CJCE, 8 mars 1988, *Exécutif régional wallon/Commission*, aff. jtes 62 et 72/87, pt 32, Rec. 1597.

¹¹⁹³ Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Allemagne/Commission* (aff. 24/62), [1963] 156.

¹¹⁹⁴ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, pt 27, I-5502.

¹¹⁹⁵ Conclusions de l'avocat général Vesterdorf dans l'affaire *Rhône-Poulenc/Commission*, T-1/89, [1991] II-911

¹¹⁹⁶ TPICE, 16 juillet 1998, *Kia Motors Nederland BV/Commission*, T-195/97, pts 34 et 35, II-2920-2921.

faits paraîtra particulièrement favorable à la protection des parties. En réalité, même en ce cas, « il convient de rappeler que la motivation d'une décision doit toujours être telle que le juge communautaire soit en mesure d'exercer son contrôle de légalité »; le défaut de motivation résulte du fait que « la Commission a fondé sa décision (...) sur un raisonnement que le Tribunal ne peut pas contrôler »¹¹⁹⁷.

421. Le corollaire de ce principe est que le juge annulera toute décision motivée par une simple référence à une décision antérieure, « puisqu'il est notoire qu'il s'agit [à chaque fois] de situations sensiblement différentes, que de plus on ne saurait assimiler sans justifications précises »¹¹⁹⁸. Suivant le même principe, la Commission ne peut se contenter d'une référence à l'argumentation des parties intervenantes¹¹⁹⁹, ou à l'intérêt communautaire considéré abstraitement¹²⁰⁰.

B. Les adaptations pratiques

422. De jurisprudence constante, la question de savoir si la motivation d'une décision est satisfaisante « doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée »¹²⁰¹. Cette règle est capitale: elle domine tout le droit de la motivation des actes communautaires. Elle permet d'abord de justifier certains tempéraments « à la rigueur des principes et à la ligne générale » de la jurisprudence¹²⁰². Elle évoque deux techniques: la théorie des formes impossibles et la théorie des formes inutiles¹²⁰³. Ces techniques peuvent être vues comme le produit de considérations d'ordre pratique, dont l'objet est d'adapter le respect de garanties formelles aux impératifs d'efficacité de l'action administrative.

1. Les formes impossibles

423. Deux hypothèses peuvent être évoquées à ce titre. La première est illustrée par l'arrêt *Schwarze* rendu le 1er décembre 1965 au sujet duquel on pu se demander, en son temps, s'il ne remettait pas en cause la jurisprudence développée par la Cour sur la motivation des actes communautaires. Cette affaire concernait une décision de la Commission fixant les prix franco frontière pour les importations d'orge en Allemagne en provenance des Pays-Bas. L'entreprise *Schwarze* concernée contestait cette décision au motif qu'elle ne comportait pas de motivation spécifique, ni quant aux offres, ni quant aux quantités, ni quant aux qualités sur lesquelles la Commission se basait pour prendre sa décision. Semblant contredire la jurisprudence antérieure,

¹¹⁹⁷ Ibid., pt 39, II-2922-2923.

¹¹⁹⁸ CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr/Haute Autorité*, aff. jtes 36, 37, 38/59 et 40/59, Rec. 898. La même règle s'applique au droit de la Communauté économique (CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, pt 27, I-5502).

¹¹⁹⁹ CJCE, 14 novembre 1984, *Intermills/Commission*, aff. 323/82, pts 23 à 41, Rec. 3828-3832.

¹²⁰⁰ TPICE, 15 janvier 1997, *SFEI e.a./Commission*, T-77/95, pt 90, II-29.

¹²⁰¹ CJCE, 25 octobre 1984, *Rijksuniversiteit te Groningen/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, aff. 185/83, pt 38, Rec. 3642.

¹²⁰² Conclusions de l'avocat général Gand, [1965] Rec. 1106.

la Cour expose que « le degré de précision de la motivation d'une décision de cette nature doit être proportionné aux possibilités matérielles et aux conditions techniques ou de délai dans lesquelles elle doit intervenir ». En l'espèce, « la préparation et la rédaction d'une telle motivation demanderaient des délais tels que la détermination des prix risquerait d'être déjà partiellement périmée au moment de sa promulgation ». L'allègement de l'exigence de motivation est justifié dans la mesure où « une motivation spécifique serait incompatible avec le fonctionnement du mécanisme prévu »¹²⁰⁴. On peut essayer de justifier cette solution en évoquant le caractère général des décisions en cause¹²⁰⁵. La jurisprudence suivante dément cette interprétation¹²⁰⁶. En cohérence, il vaut mieux reconnaître que la Cour se met ici au service de la pratique de la Commission. Elle adopte une conception fonctionnelle adaptée à la vie économique et administrative¹²⁰⁷.

424. La seconde hypothèse est plus récente. Elle est illustrée par la jurisprudence relative au Fonds social européen. A l'occasion de l'examen d'un recours en annulation contre une décision de la Commission refusant un concours du Fonds pour un projet de formation, la Cour a jugé que « le caractère sommaire de la motivation de la décision litigieuse est en l'occurrence une conséquence inéluctable du traitement informatique de plusieurs milliers de demandes de concours, sur lesquelles la Commission est tenue de statuer à bref délai. Une motivation plus détaillée à l'appui de chaque décision individuelle serait dès lors de nature à compromettre l'attribution *rationnelle et efficace* des concours financiers du Fonds ». Ainsi il n'est pas nécessaire « qu'elle spécifie les éléments de fait ou de droit pertinents »¹²⁰⁸. L'avocat général Darmon rappelle que la Commission devant statuer sur un nombre important de demandes dans des délais rapprochés, la Cour se doit d'être « moins exigeante en ce qui concerne l'étendue de la motivation »¹²⁰⁹. Mais cela ne peut concerner que les demandes d'aide initiales. Tel ne peut plus

¹²⁰³ D. RITLÉNG, *op. cit.*, 121 et ss.

¹²⁰⁴ CJCE, 1er décembre 1965, *Firma C. Schwarze/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 16/65, Rec. 1096-1097.

¹²⁰⁵ G. LE TALLEC & C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, 186-187.

¹²⁰⁶ Ainsi la Cour a pu reconnaître à une décision individuelle relative à la vente à prix réduit de beurre les mêmes circonstances atténuantes, citant la jurisprudence *Schwarze* (CJCE, 14 février 1990, *Delacre e.a./Commission*, C-350/88, pts 16 à 20, I-422-423 (395)).

¹²⁰⁷ Ainsi concluent G. LE TALLEC & C.D. EHLERMANN : « l'arrêt tient compte d'une situation particulière d'un secteur bien délimité de la politique agricole commune. Dans ce domaine, la pratique de la Commission, confirmée par la Cour, permet une adaptation aux rapides fluctuations de la vie économique et se révèle ainsi bénéfique au développement des échanges qui demeure un des objectifs fondamentaux du Traité de Rome » (*op. cit.*, 187).

¹²⁰⁸ CJCE, 7 février 1990, *Gemeente Amsterdam et VIA/Commission*, C-213/87, I-221 (publication sommaire; nous soulignons).

¹²⁰⁹ Conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Interhotel/Commission* (C-291/89), § 16, [1991] I-2267. Dans le même sens, dans une affaire relative au système des programmes de soutiens financiers mis en place par la Communauté en matière énergétique, le Tribunal indique qu'une motivation individuelle n'est pas exigée, dans la mesure où les critères de sélection étaient connus à l'avance (TPICE, 13 décembre 1995, *Windpark Groothusen/Commission*, T-109/94, pt 45, II-3022 (3007); confirmé en cassation, CJCE, 14 mai 1998, *Windpark Groothusen/Commission*, C-48/96 P, pts 36 à 39, I-2910 (2873)). Ainsi, en matière aides d'Etat, l'obligation sera allégée en cas d'application à un cas particulier d'un régime général; mais il en ira autrement en cas de déclaration d'incompatibilité d'une aide individuelle conclue sur la base de l'incompatibilité d'une aide sectorielle (M.-A. HERMITTE, *Aides des Etats membres*, J.-Cl. Europe, Fasc. 1520, 1989, §§ 33-35).

être le cas de la décision portant réduction du montant du concours initialement octroyé, celle-ci « pouvant occasionner de graves difficultés financières à ses destinataires »¹²¹⁰.

425. Selon l'avocat général La Pergola, « la logique de cette différence de règles est claire ». Elle ne résulte pas simplement du fait que ces décisions ne créent « aucun droit ni même aucun avantage dans le chef de celui qui demande l'octroi du soutien financier »¹²¹¹. En effet, « à la lumière de l'article 190 du traité CE, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre l'administration dans l'exercice de ses fonctions de service public ("Leistungsverwaltung"), d'une part, et de ses prérogatives de puissance publique ("Eingriffverwaltung"), d'autre part »¹²¹². Elle repose sur une balance entre l'exigence d'efficacité et l'exigence de protection¹²¹³. Si les considérations d'efficacité doivent l'emporter dans la procédure, il importe en revanche que le contrôle juridictionnel ne s'en trouve pas gêné. Ainsi admettra-t-on, en ce cas et par exception, la possibilité d'une régularisation *a posteriori*, au cours même de la procédure juridictionnelle¹²¹⁴.

2. Les formes inutiles

426. Une règle intégralement protectrice voudrait que « le contenu de la motivation ne peut être déterminé en fonction des possibilités d'information des destinataires »¹²¹⁵. Du respect de cette règle dépendent en effet la protection des tiers et l'amélioration de la qualité du processus administratif¹²¹⁶. Une atténuation est admise, cependant, comme une conséquence de la

¹²¹⁰ Conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Infortec/Commission* (C-157/90), § 82, [1992] I-3542; CJCE, 4 juin 1992, *Consorgan/Commission*, C-181/90, pts 14 à 18, I-3568-3569; TPICE, 12 janvier 1995, *Branco/Commission*, T-85/94, pt 33, II-57; TPICE, 16 septembre 1999, *Partex/Commission*, T-182/96, pt 74.

¹²¹¹ En ce sens pourtant, conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Windpark Groothusen/Commission* (C-48/96 P), § 49, [1998] I-2287.

¹²¹² Argument de la requérante dans l'affaire *Windpark Groothusen/Commission* (T-109/94), [1995] II-3020.

¹²¹³ « Dans un cas, le nombre des demandes est tellement important que l'autorité administrative ne peut pas les passer au crible moyennant une motivation détaillée, alors qu'il n'en va pas de même dans l'autre cas. D'autre part, ainsi que la Cour a déjà eu l'occasion de le constater, le fait de réduire ou de suspendre un concours déjà accordé, voire le fait de prévoir le remboursement à l'Etat membre des sommes initialement octroyées, constitue une mesure objectivement plus grave, eu égard aux conséquences qui en découlent pour les droits des personnes directement concernées, par rapport au refus initial du concours sollicité. Il s'agit en effet d'une mesure qui va à l'encontre des attentes au regard desquelles l'intéressé avait estimé, dans l'exercice de son activité d'entreprise, pouvoir nourrir une confiance légitime » (Conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire *Commission/Lisrestal e.a.* (C-32/95 P), § 45, [1996] I-5385).

¹²¹⁴ En principe, la régularisation est exclue (TPICE, 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlervforening/Commission*, T-61/89, II-1931). En effet, le principe de la motivation est qu'elle figure dans le corps même de l'acte. Elle ne se confond pas avec la règle de la révélation des motifs au cours du procès, tant il est vrai qu'« elle produit ses effets les plus importants en dehors de tout contentieux » (G. ISAAC, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968, 554). Mais, dans l'arrêt *Schwarze*, la Cour rappelle qu'« il serait toutefois satisfait à la protection des destinataires et des ressortissants concernés ainsi qu'aux exigences d'un contrôle juridictionnel adéquat, si la Commission mettait, ainsi qu'elle l'a fait en l'espèce, les éléments techniques, sur lesquels elle a basé sa détermination des prix franco frontière, à la disposition des parties chaque fois que cette détermination est contestée devant le juge compétent » ([1965], Rec. 1097). Dans le même sens, en matière de concours de recrutement, TPICE, 20 mars 1991, *Pérez-Mínguez Casariego/Commission*, T-1/90, pt 80, II-171.

¹²¹⁵ C. HEN, *op. cit.*, 79; G. LE TALLEC & C.D. EHLMANN, *op. cit.*, 184 (les auteurs évoquent une opinion partagée par l'ensemble des avocats généraux auprès de la première Cour).

¹²¹⁶ Cela apparaît clairement à la lecture des conclusions suivantes de l'avocat général Roemer: « nous voudrions rejeter l'idée que l'exposé des motifs d'une décision puisse être déterminé en fonction des possibilités d'information des destinataires, car nous savons par d'autres procès qu'un débat est ouvert dans des cas

« connaissance acquise ». Si les données chiffrées sur lesquelles la décision s'appuie se trouvent à la disposition des requérantes, la motivation peut se contenter d'y renvoyer¹²¹⁷. Dès lors que le destinataire, associé au processus d'élaboration de la décision, connaissait les raisons et les méthodes de la Commission, « la motivation de la décision elle-même, bien que succincte, doit être jugée suffisante »¹²¹⁸. Dans ce cas, en effet, le destinataire « n'a pas pu *raisonnablement* se méprendre » sur le contenu du raisonnement de l'auteur de l'acte¹²¹⁹. En toute hypothèse, un « certain effort d'interprétation » peut être demandé aux personnes concernées. L'essentiel est que le juge soit en mesure d'accomplir sa mission de contrôle.

427. Malgré ses précautions, il reste des cas incertains. L'affaire *Compagnia italiana alcool* en est une bonne illustration. Bien qu'elle concerne une décision de la Commission adoptée dans le cadre de l'organisation commune du marché vinicole, cette affaire contient d'intéressants enseignements pour notre matière¹²²⁰. Au titre de l'examen de la motivation, l'avocat général Jacobs suggère qu'il y a de bonnes raisons de penser que la requérante « ait été largement au courant des motifs qui sous-tendaient l'approche adoptée par la Commission ». Le « contexte » à prendre en compte est celui d'« entreprises spécialistes en la matière », dont la connaissance « ne peut être comparée à celle du citoyen moyen »¹²²¹. Dès lors, l'exigence de motivation doit être considérée comme satisfaite à l'égard de l'intéressée. Si elle subsiste, c'est seulement à l'égard de la Cour, qui doit être en mesure de « vérifier les raisons qui ont conduit la Commission à agir comme elle l'a fait »¹²²². Tout autre est l'appréciation de la Cour. Le « contexte », ici, est celui du large pouvoir d'appréciation attribué à la Commission dans les situations économiques complexes. La conséquence en est que « la Commission se doit non seulement d'identifier les facteurs qui ont influencé sa décision, mais aussi d'en apprécier l'impact ». Dans les

semblables au cas d'espèce sur le point de savoir qui, en dehors des personnes décrites dans la décision, est en droit d'agir. En outre, et nous donnons raison sur ce point à la requérante, il ne faut pas oublier la fonction utile que l'obligation de motiver assure, en vue d'un renforcement de la protection juridictionnelle dans la mesure où elle amène les exécutifs, lorsqu'ils formulent les considérants de la décision, à se faire une idée exacte des conditions auxquelles cette dernière est soumise » (Conclusions dans l'affaire *Allemagne/Commission* (aff. 24/62), [1963] Rec. 155).

¹²¹⁷ S'agissant d'un rapport d'audit, TPICE, 24 avril 1996, *Industrias Pesqueras Campos e.a./Commission*, aff. jtes T-551/93, T-231/93, T-232/93 et T-234/93, pt 144, II-300. S'agissant d'une communication de la Commission, CJCE, 28 octobre 1981, *Krupp/Commission*, aff. jtes 275/80 et 24/81, pt 13, Rec. 2512. S'agissant d'une communication et un arrêt de la Cour, CJCE, 29 février 1996, *Belgique/Commission*, C-56/93, pt 89, I-793.

¹²¹⁸ CJCE, 11 décembre 1980, *Lucchini/Commission*, aff. 1252/79, pt 14, Rec. 3765 (3753); CJCE, 13 décembre 1990, *Pays-Bas/Commission*, C-22/89, pt 18, I-4815. Dans les procédures complexes, au termes desquelles la Commission confirme purement et simplement la proposition d'un Etat membre, la décision de la Commission est dûment motivée lorsqu'elle se réfère à un acte des autorités nationales qui expose clairement les motifs de la décision (TPICE, 12 janvier 1995, *Branco/Commission*, T-85/94, pt 36, II-58; TPICE, 16 septembre 1999, *Partex/Commission*, T-182/96, pt 76, nep).

¹²¹⁹ En matière d'antidumping, TPICE, 14 juillet 1995, *Koyo Seiko/Conseil*, T-166/94, pt 105, II-2166 (nous soulignons). En matière de concurrence, TPICE, 9 novembre 1994, *Scottish Football/Commission*, T-46/92, pt 20, II-1053.

¹²²⁰ CJCE, 16 janvier 1992, *Compagnia italiana alcool/Commission*, C-358/90, I-2457.

¹²²¹ Ibid., Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 62, I-2488-2489.

¹²²² Ibid., § 66, I-2490.

circonstances de l'espèce, la requérante « avait un intérêt légitime à être informée *en bonne et due forme* des raisons ayant amené la Commission » à adopter sa décision¹²²³.

428. Cet arrêt fait référence à la jurisprudence *Technische Universität München*. Dans cette dernière affaire, l'annulation de la décision était prononcée sur la seule base des irrégularités procédurales constatées. Mais, de fait, cette hypothèse est rare. La motivation n'est pas considérée comme un véritable moyen de procédure, permettant au dialogue entre les parties de s'instaurer. Elle tend plutôt à être considérée par le juge comme un instrument d'information de son propre contrôle. Cette conception « finaliste » réduit considérablement les possibilités d'annuler une décision sur le seul fondement de l'article 253¹²²⁴. Mais elle accroît en même temps le contrôle du juge.

§ III. UNE CONCEPTION « FINALISTE » DE LA SANCTION

429. Le problème de la sanction est marqué de cette ambiguïté. En principe, la décision qui méconnaît l'exigence de motivation, soit qu'elle ne contient pas les motifs qui lui servent de fondement, soit que les motifs indiqués sont jugés insuffisants, encourt la sanction de l'annulation pour violation des formes substantielles prévue à l'article 230 CE, ou celle de la déclaration d'invalidité dans le cadre du renvoi préjudiciel prévue à l'article 234 CE.

430. Ce contrôle est un contrôle de pure forme, distinct de l'examen de la légalité matérielle de l'acte. Pourtant, le risque existe que l'examen de la motivation ne « dévie » vers un examen matériel. Il en est d'autant plus ainsi depuis la création du Tribunal, conçu comme « première et dernière instance pour le contrôle des faits dont il est saisi »¹²²⁵. C'est sans doute pour se prémunir contre ce risque que le juge a adopté une conception « fonctionnelle » et « finaliste »¹²²⁶ (A). Mais ce n'est pas tout: cette conception lui sert également à protéger les tiers; la motivation devient alors le moyen unique de l'annulation (B).

A. La motivation, moyen accessoire

431. Il est d'abord évident que, dans de nombreux cas, l'examen du bien-fondé matériel de l'acte suffira pour valider la motivation. Le moyen est généralement soulevé en dernier lieu. Dans l'affaire *Automec*, le Tribunal a ainsi pu déclarer:

« Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'examen de la décision litigieuse par le Tribunal n'a révélé ni erreur de droit ou de fait ni erreur manifeste d'appréciation... »;

¹²²³ Ibid., pts 42 et 43, I-2503-2504.

¹²²⁴ Sur la notion « d'interprétation finaliste », D. RITLENG, *op. cit.*, 91.

¹²²⁵ L'avocat général Vesterdorf note ainsi que « cela comporte également un effet dérivé en ce qui concerne la motivation. Toute constatation en matière de preuves doit figurer dans la motivation, quelles que soient les difficultés qui sont toujours liées à sa formulation lorsque cette constatation repose sur une appréciation d'ensemble d'une quantité extraordinaire de faits probants » ([1991] II-908).

¹²²⁶ Ainsi par ex. TPICE, 18 novembre 1992, *Rendo e.a./Commission*, T-16/91, pts 126 et 127, II-2455.

« il découle nécessairement des considérations qui précèdent que la motivation de la décision litigieuse est suffisante, puisque la requérante a pu légitimement faire valoir ses droits devant le Tribunal et que celui-ci a pu exercer son contrôle de légalité. »¹²²⁷

Le seul fait d'être en mesure d'attaquer la décision alléguerait à suffisance le respect de l'obligation de motivation. La régularité de la motivation dépendrait de la possibilité de se défendre lors de la procédure devant la Cour¹²²⁸. La motivation est clairement destinée à faciliter le contrôle juridictionnel¹²²⁹.

432. Cette jurisprudence peut surprendre. La possibilité de se défendre est-elle l'assurance d'une motivation suffisante? Oui, si l'on oublie que la motivation « produit ses effets les plus importants en dehors de tout contentieux »¹²³⁰. Dans l'affaire *Remia*, l'avocat général Lenz devait reconnaître que l'exposé des motifs « est sans doute succinct, mais il n'est ni clair ni pertinent » et appelait la censure de la décision sur ce point. De façon topique, la Cour reconnaît que « la motivation a permis aux parties requérantes de présenter utilement devant la Cour une argumentation suffisamment circonstanciée à cet égard et a mis en mesure la Cour d'exercer pleinement son contrôle sur la légalité de ladite décision ». Elle s'en contente pour rejeter le moyen tiré de l'insuffisance de la motivation¹²³¹.

B. La motivation, moyen unique d'annulation

433. Il arrive cependant que le défaut de la motivation suffise à entraîner l'annulation de la décision. On remarquera que, dans ce cas, c'est en raison d'une participation réduite du tiers intéressé à la procédure administrative que le moyen est favorablement accueilli¹²³². L'exigence est alors utilisée pour entrer dans l'examen de fond et rechercher les erreurs d'appréciation dans l'adoption de la décision. Le défaut de motivation servira à révéler une illégalité matérielle¹²³³.

¹²²⁷ TPICE, 18 septembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, pts 97 et 98, II-2280; dans le même sens en matière d'antidumping, TPICE, 14 juillet 1995, *Koyo Seiko/Conseil*, T-166/94, pt 104, II-2166; en matière d'aides d'Etat, TPICE, 12 décembre 1996, *Air France/Commission*, T-358/94, pt 162, II-2165.

¹²²⁸ En ce sens, Conclusions de l'avocat général Verloren van Themaat dans l'affaire *Eisen und Metall Aktiengesellschaft* (aff. 9/83), [1984] Rec. 2093; v. également l'arrêt de la Cour déclarant que les observations de la requérante en réponse à la communication des griefs prouvent qu'elle ne s'est pas méprise sur la nature du grief et qu'il faut en conclure à la régularité de la motivation, bien qu'elle soit « sommaire », au mépris de tout formalisme de la décision elle-même! (pts 27 à 29, Rec. 2085).

¹²²⁹ « Le Tribunal considère que le fait qu'il ait été mis en mesure de contrôler le bien-fondé des griefs retenus contre la requérante dans la décision démontre que la requérante a pu, comme le Tribunal, dégager avec une précision suffisante les griefs retenus à son égard... Il s'ensuit que le grief ne peut être accueilli » (TPICE, 24 octobre 1991, *Rhône-Poulenc/Commission*, T-1/89, pt 131, II-1076).

¹²³⁰ G. ISAAC, *op. cit.*, 554.

¹²³¹ CJCE, 11 juillet 1985, *Remia/Commission*, aff. 42/84, pt 27, Rec. 2573; conclusions de l'avocat général Lenz, Rec. 2563-2564.

¹²³² En ce sens, K. LENAERTS & J. VANHAMME, *op. cit.*, 564-565.

¹²³³ Voy. par ex. TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, pts 88 et ss., not. pt 106, II-2451; TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, pts 73 et ss., II-2675.

434. Là encore, la conception « contentieuse » s'avère précieuse. Dans de pareils cas, le Tribunal trouve le moyen de son contrôle dans la jurisprudence *Nold* du 20 mars 1959¹²³⁴. Dans cet arrêt, la Cour déclarait que « l'obligation de motiver ses décisions que l'article 15 du traité CECA impose à la Haute Autorité est prévu non seulement en faveur des justiciables, mais a aussi pour but de mettre la Cour en mesure d'exercer pleinement le contrôle juridictionnel que lui confie le traité; par conséquent, un défaut éventuel de motivation qui entrave ce contrôle peut et doit être relevé d'office par la Cour »¹²³⁵. La conception découlant de l'article 15 et de toute la jurisprudence de la Cour conteste « l'idée que l'exposé des motifs sert uniquement à mettre le destinataire d'une décision au courant d'un ordre de la Haute Autorité et de sa propre obligation ». Au contraire, elle veut que « l'exposé des motifs d'une décision doit contenir les éléments suffisants pour rendre possible le *contrôle judiciaire* »¹²³⁶.

C. Vers une conception procédurale de la motivation

435. Quel est le résultat de cette jurisprudence? Il est paradoxal. Tantôt le contrôle est réduit à un examen formel, qui traduit la volonté du juge de ne pas gêner l'action de l'administration. Tantôt le contrôle est étendu et traduit la volonté du juge de se substituer à l'administration. Dans les deux cas, le contrôle du juge souffre la critique des observateurs, soit parce qu'il serait trop timide¹²³⁷, soit parce qu'il se montrerait trop agressif¹²³⁸. Ces deux usages contradictoires du contrôle de la motivation partagent la même difficulté de distinguer entre la forme et le fond. Ils se fondent sur la même conception fonctionnelle.

436. Entre ces deux solutions extrêmes, une interprétation intermédiaire peut être proposée. Elle consiste à envisager la motivation en tant que moyen procédural, ni formel ni matériel. Elle serait reconnue comme un facteur de dialogue entre les personnes intéressées, au bénéfice à la fois des parties et des tiers. On pourrait trouver quelques arrêts à l'appui de cette interprétation. Dans l'affaire *Technische Universität München*, la Cour ne se penche sur la procédure elle-même, pour constater que la partie intéressée n'est pas en mesure d'apprécier le bien-fondé de la décision et juge, à ce titre, la motivation insuffisante. Dans l'affaire *Publishers Association/Commission*, la Cour adopte un raisonnement semblable. Elle rappelle que la requérante a apporté des documents qu'elle considère comme un « élément de preuve essentiel ». Sans entrer dans le fond de l'affaire, elle constate que la Commission n'a pas pris soin de discuter le contenu de ces documents. Elle en conclut que « la décision de la Commission ne contient ainsi aucune explication justifiant les raisons pour lesquels (...) les documents fournis seraient

¹²³⁴ TPICE, 25 juin 1998, pt 88, II-2446; TPICE, 28 septembre 1995, pt 75, II-2676.

¹²³⁵ CJCE, 20 mars 1959, *Firme I. Nold KG/Haute Autorité*, aff. 18/57, Rec. 114-115; en ce sens, conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Allemagne e.a./Commission* (aff. jtes C-329/93, C-62/95 et C-63/95), § 15, I-5160.

¹²³⁶ Conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Mannesmann AG/Haute Autorité* (aff. jtes 4/59 et 13/59), Rec. 311.

¹²³⁷ D. RITLENG parle d'un « laconisme de la motivation » à quoi conduit « la conception fonctionnelle » développée par la Cour (*op. cit.*, 96).

¹²³⁸ Voir l'analyse comparée droit fédéral américain/droit communautaire de M. SHAPIRO, *The Giving Reasons Requirement*, University of Chicago Legal Forum, 1992, vol. 179, 179-220.

dépourvus de pertinence »¹²³⁹. Dans ces deux arrêts, la Cour ne se sert pas de la motivation comme d'un soutien à un examen de fond. Elle n'indique pas quel aurait dû être le résultat de la procédure. Elle constate seulement que la motivation fournie n'a pas permis de développer une argumentation sérieuse et contradictoire.

437. Conclure de là à l'adoption d'une nouvelle conception serait aller un peu vite. Redéfinir l'exigence de motivation implique une redistribution des rôles et une nouvelle conception de toute la procédure. Pareille conception serait instructive, non seulement au sein des procédures individuelles mais peut-être surtout dans les procédures normatives, tandis que « l'expérience démontre l'intérêt très relatif de l'obligation de motivation des actes normatifs et l'incompatibilité de cette obligation avec le fonctionnement efficace d'une politique commune impliquant l'adoption quotidienne d'actes de gestion »¹²⁴⁰. Nous n'avons pas à pousser ici plus loin l'analyse; l'étude du principe d'impartialité en offre déjà un premier prolongement.

SECTION II. L'ASCENSION DU PRINCIPE D'IMPARTIALITE

438. Tôt, dans son histoire, la jurisprudence communautaire établissait une obligation de procéder à l'examen des circonstances particulières des cas individuels. J. Schwarze signale une série d'arrêts dans lesquels cette obligation fait son apparition¹²⁴¹. Il est ainsi acquis dans le domaine de la CECA, depuis un arrêt du 12 février 1960, que la Haute Autorité est tenue de procéder à un examen approfondi des demandes des intéressés¹²⁴². Cet examen, bien qu'il n'oblige pas la Haute Autorité à se « livrer au développement d'une théorie générale » de la matière en cause¹²⁴³, implique de « prendre en considération la situation concrète des intéressés »¹²⁴⁴. Pareil examen est requis pour que « tant la défense adéquate des intéressés que le contrôle judiciaire nécessaire » soient assurés. Proche de la motivation, l'omission de cette obligation constitue dès lors une « violation des formes substantielles », entraînant l'annulation de la décision litigieuse¹²⁴⁵.

439. Semblable jurisprudence s'impose dès 1964 en matière de fonction publique. Elle lie directement l'obligation de diligence au pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission: ce pouvoir « suppose simultanément une grande liberté de décision et l'examen scrupuleux de dossiers comparables; le second élément est la garantie nécessaire de l'usage dudit pouvoir en

¹²³⁹ CJCE, 17 janvier 1995, *Publishers Association/Commission*, C-360/92 P, pts 35 à 44, I-71-72.

¹²⁴⁰ J.-V. LOUIS, *op. cit.*, 530.

¹²⁴¹ J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, London, 1992, 1230.

¹²⁴² CJCE, 12 février 1960, *Geitling et autres/Haute Autorité de la C.E.C.A.*, aff. jtes 16/59, 17/59 et 18/59, Rec. 64 (s'agissant de décisions d'autorisation concernant les organisations de vente du bassin de la Ruhr).

¹²⁴³ CJCE, 14 mai 1960, *Barbara Erzbergbau AG et autres/Haute Autorité de la C.E.C.A.*, aff. jtes 3/58 à 18/58, 25/58 et 26/58, Rec. 411 (concernant le maintien de tarifs spéciaux de transports au titre de l'article 70 CECA).

¹²⁴⁴ CJCE, 12 juillet 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V./Haute Autorité de la C.E.C.A.*, aff. 14/61, Rec. 519.

¹²⁴⁵ CJCE, 30 juin 1966, *Ferriera Ernesto Preo e Figli/Haute Autorité de la C.E.C.A.*, aff. 2/65, Rec. 327 (à propos de la fixation des obligations pécuniaires d'une entreprise contribuable à l'égard d'un mécanisme de péréquation en matière de ferrailles).

toute de connaissance de cause »¹²⁴⁶. La notion est connue du droit de la fonction publique des Etats membres¹²⁴⁷. Classique en droit de la fonction publique communautaire¹²⁴⁸, elle est plus novatrice en matière économique. De cette avancée, deux arrêts, l'un de 1966¹²⁴⁹, l'autre de 1969¹²⁵⁰, peuvent témoigner.

440. Cette exigence répond à « une obligation générale de sérieux dans l'instruction des affaires »¹²⁵¹. A partir des années quatre-vingt, elle paraît cependant changer de portée. L'obligation d'examen individuel et concret conduit, ainsi, à une obligation précise de répondre et d'examiner les arguments avancés par les parties à la procédure. On retient de ce changement, ici, deux arrêts, rendus en 1983¹²⁵². Sans doute, dans ces deux affaires, la violation alléguée des règles de bonne administration aura peu de conséquences sur la légalité de la décision administrative¹²⁵³. Mais elles constituent une première formulation, claire, du principe d'impartialité¹²⁵⁴.

¹²⁴⁶ CJCE, 19 mars 1964, *Goffredo Raponi/Commission*, aff. 27/63, Rec. 267 (promotion des fonctionnaires).

¹²⁴⁷ Cf. en France, G. ISAAC, *op. cit.*, 447. Mais c'est peut-être le système de *Common Law* qui en fournit l'exemple le plus frappant. L'utilisation, par la doctrine et la jurisprudence, du terme de « *duty to act fairly* » plutôt que de l'expression classique de « *natural justice* » à partir des années 70 reflète un tel développement (Cf. G. RICHARDSON, *The Legal Regulation of Process*, in *ADMINISTRATIVE LAW AND GOVERNMENT ACTION. The Courts and Alternative Mechanisms of Review*, G. Richardson & H. Genn (eds.), Clarendon Press, Oxford, 109; v. également J.-M. AUBY, *La « Justice naturelle » et le problème de la procédure administrative non contentieuse dans le système juridique anglo-saxon*, in *SCIENCE ET ACTION ADMINISTRATIVE. Mélanges G. Langrod*, Les éditions d'organisation, Paris, 1980, 375-383).

¹²⁴⁸ En général, A. WEBER, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della comunità europea*, RIDPC, 1992, not. 409. Comp. J. MEGRET, *De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire*, EDCE, Paris, 1953.

¹²⁴⁹ S'agissant d'une interdiction prononcée au titre de l'article 85 § 1, la Cour s'oppose à une pratique de la Commission subsumant toute situation factuelle d'accord sous la catégorie générale d'entente prohibée, et rappelle que « l'interdiction d'un tel accord dépend de la seule question de savoir si, compte tenu des circonstances de l'espèce, il réunit objectivement les éléments constitutifs de ladite interdiction » (CJCE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.)/Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, aff. 56/65, Rec. 358; nous soulignons).

¹²⁵⁰ Dans cet arrêt, la Cour déclare que « la question de savoir si un tel accord est effectivement interdit repose sur l'appréciation d'éléments économiques et juridiques qui ne sauraient être supposés acquis en dehors de la constatation explicite que l'espèce, considérée dans son individualité, réunit non seulement les éléments énoncés par le paragraphe 1 de l'article susdit, mais encore ne justifie pas la dérogation prévue par le paragraphe 3 », de sorte qu'« aussi longtemps qu'une telle intervention n'est pas intervenue, tout accord dûment notifié doit être considéré comme valable » (CJCE, 9 juillet 1969, *Portelange/Smith Corona Marchant International*, aff. 10/69, pts 13 et 14, Rec. 316).

¹²⁵¹ Comp., en droit français, R. MOULIN, *La règle d'examen particulier du dossier. Une extrapolation équivoque*, AJDA, 20 septembre 1980, 443-455.

¹²⁵² Le premier est rendu le 19 octobre 1983 dans le domaine de la CECA. La Commission est accusée de ne pas avoir répondu à un téléx de la requérante qui offrait une compensation en vue de réparer l'excédent de production d'acier justifiant l'amende infligée : « la Commission n'ayant pas répondu à ce téléx, négligeant ainsi de façon regrettable les règles de bonne administration, a laissé la requérante dans l'incertitude de savoir si elle acceptait son offre » (CJCE, 19 octobre 1983, *Lucchini/Commission*, aff. 179/82, pt 27, Rec. 3095; nous soulignons). De façon plus nette dans un arrêt du 8 novembre 1983, la Cour déclare que la Commission ne s'est pas conformé aux « exigences d'une bonne administration » en ne répondant pas à la proposition de la requérante d'adapter les pratiques incriminées aux règles du traité sur la concurrence (CJCE, 8 novembre 1983, *IAZ/Commission*, aff. jtes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, pt 15, Rec. 3409).

¹²⁵³ Dans la première, la Cour décide une réduction de l'amende, mais non directement du fait de cette violation, simplement parce que une compensation a déjà eu lieu. Dans la seconde, encore plus significative, la Cour a constaté, après coup, que la proposition de la requérante, fût-elle prise en compte, était incomplète : dès lors, « on

441. C'est dans une autre voie encore que la Cour s'engage au début des années quatre-vingt-dix¹²⁵⁵. La censure du juge portera sur l'examen des éléments de fait et de droit effectué par la Commission, au-delà des seuls éléments invoqués par les requérants. Le contrôle judiciaire pénètre, ainsi, ouvertement dans la sphère d'appréciation économique de la Commission. Il convient de suivre le cheminement de cette jurisprudence, alors que, il est vrai, « l'on était plus habitué à voir ces éléments intervenir dans les procédures concernant les fonctionnaires »¹²⁵⁶. Une qualification fluctuante reflète la jeunesse et les incertitudes de ce principe en droit communautaire. Qualifié tantôt de principe de sollicitude, tantôt de principe de diligence, tantôt en tant qu'obligation d'examen soigné et impartial, il est utile de préciser les conditions de sa formulation (I) et de sa consécration (II). On s'explique mieux ainsi sa révolution avortée (III).

§ I. LA FORMULATION DU PRINCIPE

442. Le principe apparaît dans le cadre du système antidumping en tant qu'un instrument de protection des tiers intéressés. Cela est peut-être dû à « la philosophie particulière de ce système en ce qui concerne la charge de la preuve » : dans un contexte de recherche incertain, la Commission a la faculté de « promouvoir au rang des données disponibles des éléments tirés de sa propres subjectivité »¹²⁵⁷ (A). La jurisprudence *Technische Universität München* lui confère une portée et une qualification générales (B).

A. Le devoir de sollicitude en matière d'antidumping

443. Pour la première fois, une formulation de ce principe se rencontre sous la plume de l'avocat général van Gerven. Dans cette affaire d'antidumping, la question était de savoir si la Commission aurait dû prendre en considération, dans son analyse de la situation fondant le règlement du Conseil, la suggestion faite par la requérante de choisir Taiwan plutôt que le Sri Lanka comme pays de référence devant servir à la détermination de la valeur normale des produits en cause. Ecartant le moyen tiré du défaut de motivation¹²⁵⁸, il accepte, en revanche, d'examiner le cas sous le moyen du « principe de sollicitude » :

ne saurait considérer comme une faute de procédure entachant la décision d'illégalité le fait que la Commission n'a pas poursuivi au préalable la correspondance avec le requérant » (pt 15, Rec. [1983] 3409).

¹²⁵⁴ En ce sens, étudiant le principe de « diligence », J.A. USHER, *The "Good Administration" of European Community Law*, Current Legal Problems, 1985, 275-276.

¹²⁵⁵ Pour une première présentation de cette jurisprudence, H.P. NEHL, *PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN EC LAW*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 103 et ss.

¹²⁵⁶ F. LAGONDET, *comm.*, Europe, 1995, n° 379.

¹²⁵⁷ J.-L. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 226-242.

¹²⁵⁸ A cet égard s'impose la jurisprudence de la Cour d'après laquelle il n'est pas nécessaire que la Commission discute tous les points de fait et de droit soulevés par chaque intéressé au cours de la procédure administrative (Conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Eugen Nölle/Hauptzollamt Bremen-Freihafen* (C-16/90), § 7, [1991] I-5175).

« Dans une matière telle que celle de l'espèce, dans laquelle les institutions communautaires disposent d'une large marge d'appréciation, le contrôle *attentif* de la décision adoptée exercé par la Cour du point de vue du respect des *formalités essentielles et des principes de bonne administration*, au nombre desquels figure le *principe de sollicitude*, est d'autant plus important. C'est dans ce même ordre d'idées que la Cour contrôle si, au titre du devoir de sollicitude, l'autorité à laquelle un large pouvoir d'appréciation est conféré a constaté, avec la sollicitude nécessaire, les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Telle est l'origine de l'accent mis, dans la jurisprudence de la Cour, sur le respect des droits de la défense, l'interdiction du détournement de pouvoir, l'obligation de motivation et l'obligation de prendre en considération tous les éléments essentiels. »¹²⁵⁹

La coïncidence de cette formulation avec le dispositif de l'arrêt *Technische Universität München*, rendu quelques mois plus tard, est remarquable.

444. La Cour rappelle que « s'agissant en particulier du choix du pays de référence, il convient de vérifier si les institutions ont omis de prendre en considération des éléments essentiels en vue d'établir le caractère adéquat du pays choisi et si les éléments du dossier ont été examinés *avec toute la diligence requise* pour que l'on puisse considérer que la valeur normale a été déterminée d'une manière appropriée et non déraisonnable »¹²⁶⁰. Ce n'est pas une manière de dénier « le pouvoir d'appréciation dont les institutions disposent dans l'analyse de situations économiques complexes »¹²⁶¹. Mais il appert ainsi que « Nölle a apporté des éléments suffisants, qui étaient déjà connus de la Commission et du Conseil au cours de la procédure antidumping, pour faire apparaître des doutes sur le caractère approprié et non déraisonnable du choix du Sri Lanka comme pays de référence »¹²⁶². Or, dès lors que des doutes sont apparus, ils « auraient dû amener la Commission à examiner de façon plus approfondie la proposition formulée par le requérant »¹²⁶³.

445. Notons que le règlement de base 2423/88, en vigueur à l'époque des faits, précise en son article 2 que « la valeur normale est déterminée d'une manière appropriée et non déraisonnable »¹²⁶⁴. Ni ce règlement ni la pratique de la Commission ni l'Article VI du GATT ou le Code antidumping du GATT de 1979 ne donnent de critères décisifs en vue de déterminer le pays de référence. S'agit-il dès lors d'une première intrusion de la Cour dans le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de la Commission? Cette règle a plutôt « pour but évident de

¹²⁵⁹ On notera que l'avocat général van Gerven prend soin de faire référence à ses propres conclusions dans l'affaire *Fédiol* et aux affaires de fonction publique dans lesquelles le principe a été évoqué (Conclusions, § 28, I-5186; nous soulignons; voir aussi § 15, I-5179; v. Conclusions présentées le 7 mars 1987 dans l'affaire *Fédiol/Commission* (aff. 70/87), [1989] Rec. 1797).

¹²⁶⁰ CJCE, 22 octobre 1991, *Eugen Nölle/Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, C-16/90, pt 13, I-5203.

¹²⁶¹ Ibid., pt 11, I-5203.

¹²⁶² Ibid., pt 30, I-5207.

¹²⁶³ Ibid., pt 32, I-5207. Ainsi, la Cour rappelle, au point 35, que « les institutions n'ont pas fait un effort *sérieux* et *suffisant* pour examiner si Taiwan pouvait être considéré comme pays de référence adéquat » (nous soulignons). Pour ce motif, le règlement est annulé.

¹²⁶⁴ JOCE 1988, L. 209/1.

protéger le caractère véritablement discrétionnaire de la décision »¹²⁶⁵. E.A. Vermulst et J.J. Hooijer estiment ainsi que « la sélection d'un pays de référence est un problème capital qui affecte les intérêts des parties concernées. Il est hors de doute que la Commission jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour évaluer les arguments et éléments pertinents. Il est, cependant, nécessaire de s'assurer que tous les éléments sont connus. Dans cette mesure, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de s'exprimer sur le choix du pays de référence. Si les parties suggèrent un autre pays analogue et si elles peuvent soutenir ce choix, il est du devoir de la Commission d'examiner cette alternative »¹²⁶⁶. Reste que la partie en cause, un importateur indépendant, ne disposait pas du droit d'être entendu. L'obligation se conçoit, dès lors, comme une compensation au bénéfice des intéressés.

B. Le principe d'impartialité

446. Dans la voie ainsi ouverte à la Cour, l'arrêt *Technische Universität München* occupe une place centrale. L'équation proposée par la Cour « large pouvoir d'appréciation reconnu à la Commission/respect fondamental des garanties procédurales parmi lesquelles figure l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce » servira de point de départ à cette évolution. Sur cette jurisprudence se fonde le Tribunal pour se prononcer sur une demande d'indemnisation déposée à la suite du premier arrêt *Nölle* invalidant le règlement du Conseil¹²⁶⁷. En s'abstenant, « en violation de l'obligation qui pèse sur elle, d'examiner de manière sérieuse et approfondie si ses arguments ou propositions [de « la partie intéressée »] sont bien fondées, [la Commission] commet une violation du principe de sollicitude qui est une règle protégeant les particuliers »¹²⁶⁸. Le principe ne peut plus être regardé seulement comme un « devoir » dans le chef de l'administration, comme le soutient la Commission; c'est une garantie de procédure faisant naître des « droits subjectifs »¹²⁶⁹.

447. Cette garantie nouvelle est appelée à jouer un rôle fondamental pour les tiers à la procédure. Dans la mesure où le droit d'être entendu est refusé au motif que la requérante ne peut être considérée comme une partie directement concernée, le principe d'impartialité doit être reconnu au motif qu'elle a fait valoir un intérêt suffisant dans la procédure administrative¹²⁷⁰. Le principe acquiert ici une dimension nouvelle.

¹²⁶⁵ Comp. E. PICARD, *Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français*, RIDC, n° spécial, vol. 11, 1989, 295-319, not. 307.

¹²⁶⁶ E.A. VERMULST & J.J. HOOIJER, *Annotation Case*, CMLR, 1992, 402. Dans les cas où la Commission fournit des raisons suffisantes bien que des éléments de preuve manquent, dans la mesure où les droits procéduraux ont été respectés, la décision n'encourt pas l'annulation (TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques/Conseil*, T-2/95, II-3939, pt 158, pt 173).

¹²⁶⁷ TPICE, 18 septembre 1995, *Nölle/Conseil et Commission*, T-167/94, pt 73, II-2618 (en ce sens, argument de la requérante, pt 68, II-2616). On pourrait trouver dans un arrêt de 1971 les traces de cette idée de diligence en matière de responsabilité extra-contractuelle de la Communauté (CJCE, 28 avril 1971, *Lütticke/Commission*, aff. 4/69, Rec. 325).

¹²⁶⁸ Ibid., pt 76, II-2619.

¹²⁶⁹ Ibid., pts 70 et 71, II-2617.

¹²⁷⁰ Ibid., pt 76, II-2619.

§ II. LA CONSECRATION DU PRINCIPE

448. Le domaine d'extension naturel de ce principe est le traitement administratif des plaintes par la Commission. Deux matières sont principalement concernées: le contrôle des pratiques anticoncurrentielles (A) et le contrôle des aides d'Etat (B). Mais le principe s'étend au-delà¹²⁷¹.

A. Les trois exigences d'impartialité

449. En matière de concurrence, on sait que le juge communautaire a institué une obligation de la part de la Commission d'examiner les demandes dont elle est saisie¹²⁷². Cette obligation n'est pas définie abstraitement. Elle s'accompagne de deux obligations concrètes. La première découle d'un *devoir de vigilance*¹²⁷³. La seconde obligation découle d'un *devoir de sollicitude ou d'impartialité*. Loin de se contenter d'une obligation générale d'examen des plaintes, le Tribunal a considéré, dans son arrêt *Automec* du 18 septembre 1992, que l'examen doit être « attentif »¹²⁷⁴.

1. Un examen attentif

450. Cette position est développée dans l'arrêt du Tribunal *Asia Motor France* du 29 juin 1993. L'arrêt concerne la décision de la Commission de rejeter des plaintes soumises par des entreprises importatrices de véhicules japonais s'estimant victimes d'une entente illicite conclue entre cinq importateurs de voitures japonaises en France. Cet arrêt a joué un rôle ambigu dans la réception du principe d'impartialité en droit communautaire. D'une part, il a contribué à obscurcir la distinction entre motivation et impartialité. Mais, d'autre part, il a permis d'affiner la notion « d'examen attentif ». Dans cette construction, la jurisprudence *Technische* s'est révélée primordiale:

« Il y a lieu de souligner que, dans les cas où la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation, afin d'être en mesure de remplir ses fonctions, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figure, notamment, l'obligation, pour l'institution compétente, d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce (arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, *Technische*

¹²⁷¹ Au vrai, le principe fait sa première apparition en droit économique sous la forme donnée par la jurisprudence *Technische* dans l'arrêt *La Cinq* (TPICE, 24 janvier 1992, *La Cinq SA/Commission*, T-44/90, II-1). L'arrêt *La Cinq* a fait couler beaucoup d'encre, car il apporte des précisions importantes sur les conditions d'octroi des mesures provisoires en droit communautaire de la concurrence. Deux conditions sont requises pour obtenir l'octroi de mesures provisoires en ce domaine. A l'égard de la seconde condition, relative à l'existence d'un préjudice grave et irréparable susceptible d'être causé à la partie sollicitant ces mesures, le Tribunal rappelle, jurisprudence *Technische* à l'appui, que la Commission a pour devoir d'examiner cette condition à la lumière du principe d'impartialité (pts 85 & 86). En l'espèce, la Commission a négligé d'examiner certains éléments pertinents, ce qui a pour conséquence d'entacher sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation. En matière de refus de concours financier, le principe trouve également une application (TPICE, 19 mars 1997, *Oliveira/Commission*, T-73/95, pt 32, II-394).

¹²⁷² Sur la base de l'article 3 du Règlement 17/62.

¹²⁷³ CJCE, 11 octobre 1983, *Demio-Studio Schmidt/Commission*, aff. 210/81, Rec. 3045, pts 19 et 22, Rec. 3065.

¹²⁷⁴ TPICE, 18 septembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, pt 82, II-2277.

Isoler le passage de la jurisprudence *Technische* concernant le principe d'impartialité lui permet de conclure ainsi:

« si en vertu de la jurisprudence précitée du Tribunal [arrêt du 18 septembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, II-2223], la Commission n'a pas l'obligation de procéder à une telle instruction, elle doit, sauf motivation dûment circonstanciée, le faire avec le soin, le sérieux, la diligence requis, aux fins d'être en mesure d'apprécier en pleine connaissance de cause les éléments de fait et de droit soumis à son appréciation par les plaignant. »¹²⁷⁶

Sous peine d'une enquête rigoureuse effectuée par la Commission, comportant l'obligation d'effectuer un complément d'enquête sur des informations contradictoires recueillies, la décision de rejet de la plainte doit être annulée¹²⁷⁷.

2. Un examen complet

451. Un examen attentif ne suffit pas. Encore faut-il qu'il soit complet. Tel est le sens de trois arrêts rendus le même 24 janvier 1995 par le Tribunal de première instance¹²⁷⁸. Dans l'affaire *Ladbroke* relative aux droits de retransmission des images et des commentaires sur les courses hippiques françaises, la Commission fondait sa position de rejet de la plainte sur la seule base de l'article 81 [ex-art. 85] alors que la demande portait sur une infraction aux règles du droit de la concurrence au titre des articles 81 et 82 [ex-art. 86] du traité. Le Tribunal rejette cette position au titre des obligations qui incombent à la Commission dans le cadre de l'examen d'une plainte. Ainsi,

« si la Commission disposait, en l'espèce, de la faculté de décider d'ouvrir et de poursuivre l'instruction de l'affaire sur la seule base de l'article 85 du traité, et non pas au titre de l'article 86 du traité, dès lors que l'intérêt communautaire paraissait lui dicter un tel traitement de la plainte, elle devait, cependant, d'une part, examiner auparavant, dans le cadre de la première phase consécutive au dépôt de la plainte les éléments de fait et de droit concernant l'application éventuelle de l'article 86 du traité, ainsi que le lui demandait la requérante, et, d'autre part, après avoir éventuellement conclu au caractère injustifié ou superflu d'une instruction de la plainte sur cette base, informer la requérante de sa décision, en exposant ses motifs, de façon à permettre le contrôle de la légalité de celle-ci. »¹²⁷⁹

Inversement, dans les arrêts *BEMIM* et *Tremblay*, la Commission, saisie d'une demande sur le double fondement de l'article 81 et 82, avait uniquement examiné les griefs relatifs à une

¹²⁷⁵ TPICE, 29 juin 1993, *Asia Motor France SA e.a./Commission*, T-7/92, pt 34, II-684.

¹²⁷⁶ Ibid., pt 36, II-684.

¹²⁷⁷ Ibid., pts 55 et 56, II-691.

¹²⁷⁸ TPICE, 24 janvier 1995, *BEMIM/Commission*, T-14/92, II-147; *Ladbroke/Commission*, T-74/92, II-115; *Tremblay e.a./Commission*, T-5/93, II-185.

violation de l'article 82¹²⁸⁰. Il en résulte, d'après le Tribunal, un défaut de motivation des décisions litigieuses. Ainsi confirme-t-il que la Commission est tenue de se prononcer définitivement, après enquête dûment menée, sur les aspects distincts de la demande déposée par le plaignant. Allant plus loin, la Cour déclare que « la Commission ne peut, lorsqu'elle arrête des ordres de priorités dans le traitement des plaintes dont elle est saisie, considérer comme exclues a priori de son champ d'action certaines situations qui relèvent de la mission qui lui est impartie par le traité »; dans ce cadre, elle ne peut se fonder sur le seul fait que des pratiques prétendues contraires au traité ont cessé pour classer la plainte sans suite¹²⁸¹. Mais, de la sorte, n'est-on pas porté trop loin, au point de sacrifier le principe de l'opportunité des poursuites¹²⁸²?

3. Un examen cohérent

452. Les caractères d'attention et de complétude n'épuisent pas la signification concrète de ce principe. L'examen doit, en plus, être « cohérent »¹²⁸³. L'exigence résulte d'un arrêt du Tribunal *Ladbroke Racing/Commission* du 18 septembre 1995. La plainte alléguait la violation, d'une part, des articles 81 et 82 du traité par la société des courses française et, d'autre part, de l'article 86 du traité par la France. La Commission pouvait-elle rejeter définitivement la plainte au titre des articles 81 et 82 sans avoir auparavant conclu l'examen de la plainte au titre de l'article 86? Le Tribunal répond négativement à cette question en se fondant sur le principe de sollicitude élargi. Considérant que le problème de concurrence, soulevé en l'espèce, exigeait, pour être résolu, l'examen de la compatibilité de la législation française à l'égard des règles du traité sur les monopoles légaux, il conclut que la Commission a manqué à son « obligation d'examiner attentivement les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par les plaignants »¹²⁸⁴. C'est donc bien le « raisonnement » de la Commission qui est visé ici, en tant qu'il est fondé sur « une interprétation erronée des conditions de droit dans lesquelles une interprétation définitive peut être portée sur l'existence ou non des infractions alléguées »¹²⁸⁵.

453. La Cour, juge du pourvoi, considère que le Tribunal a commis une erreur de droit¹²⁸⁶. Les deux questions, celle de l'applicabilité des articles 81 et 82 et celle de la compatibilité de la législation française, seraient distinctes en droit. L'avocat général Cosmas suggérerait néanmoins de rejeter le pourvoi en procédant éventuellement à une substitution des motifs, de manière à reconnaître l'importance des « exigences de certitude et d'exhaustivité » dans l'examen de la

¹²⁷⁹ TPICE, 24 janvier 1995, *Ladbroke/Commission*, T-74/92, pt 60, II-139.

¹²⁸⁰ TPICE, 24 janvier 1995, *BEMIM/Commission*, T-14/92, pt 47, II-166; *Tremblay e.a./Commission*, T-5/93, II-185, pt 40, II-203.

¹²⁸¹ CJCE, 4 mars 1999, *Ufex e.a./Commission*, C-119/97 P, pts 92 et 95, I-1398; après renvoi: TPICE, 25 mai 2000, *Ufex e.a./Commission*, T-77/95, not. pts 41 et ss. Analysant l'arrêt du Tribunal, L. IDOT dénote bien qu'« une évolution semble se dessiner » dans la jurisprudence sur le traitement des plaintes (*comm.*, Europe, 2000, n° 219).

¹²⁸² De cet avis, L. IDOT, *comm.*, Europe, 1999, n° 190.

¹²⁸³ L. IDOT, *comm.*, Europe, 1995, n° 394.

¹²⁸⁴ TPICE, 18 septembre 1995, *Ladbroke Racing/Commission*, T-548/93, pt 50, II-2586)

¹²⁸⁵ Ibid., pt 51, II-2586)

¹²⁸⁶ CJCE, 11 novembre 1997, *Commission et France/Ladbroke Racing*, aff. jtes C-359/95 P et C-379/95 P, I-6265.

plainte Sans doute cette solution eût-elle été préférable. Car, d'après L. Idot, la Cour est restée captive d'un « formalisme excessif: ce qui, en définitive, était reproché à la Commission était l'absence d'un examen sérieux et cohérent de la plainte », qui « lui est maintenant imposé »¹²⁸⁷.

454. Depuis longtemps, le principe de cohérence est considéré par la doctrine comme un facteur de sécurité juridique pour les entreprises, dans un contexte économique incertain¹²⁸⁸. Il impose une certaine continuité dans l'action de la Commission. Il serait temps qu'une telle exigence soit consacrée par la jurisprudence. Elle gagnerait beaucoup à s'inspirer des analyses de R. Dworkin sur la notion d'« intégrité »¹²⁸⁹. Celle-ci n'exige pas de sacrifier l'efficacité administrative, mais seulement de trouver un « juste équilibre » entre efficacité et cohérence, ce qui suppose le respect des principes de l'égalité de traitement et de la sécurité juridique¹²⁹⁰.

Au total, trois éléments sont liés au sein du principe d'impartialité: un examen soigné, un examen complet et un examen cohérent des plaintes. Ce sont ces mêmes éléments qui se sont imposés dans la jurisprudence relative à la fonction publique communautaire, à la suite de l'arrêt *Technische Universität München*¹²⁹¹.

B. La protection du plaignant en matière de contrôle des aides d'Etat

455. Dans le droit du contrôle des aides d'Etat, ce principe trouve une application naturelle. Jusqu'en 1999, on pouvait dire que « ni le traité ni la législation communautaire n'ont défini le

¹²⁸⁷ L. IDOT, *comm.*, Europe, 1998, n° 27.

¹²⁸⁸ On se reportera utilement aux analyses de M.-A. SANSON-HERMITTE (*DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE. Cohérence économique et sécurité juridique*, Librairies Techniques, Paris, 1981). Cette exigence est très développée aux Etats-Unis. Elle est au centre de la « *hard look* » doctrine des Cours américaines dans leur contrôle des agences administratives: « *The most common deficiency we find is the agency's failure to explain "departure from prior precedent"* » (P.M. WALD, *The Contribution of D.C. Circuit to Administrative Law*, *Administrative Law Review*, 1988, n° 40, 528).

¹²⁸⁹ R. DWORKIN, *LAW'S EMPIRE*, Fontana Press, Glasgow, 1986, not. 164-167, 176 et ss. (*L'EMPIRE DU DROIT*, trad. par E. Soubrenic, PUF, Paris, 1994, 182-186, 195 et ss.). On peut rattacher cette notion aux exigences de cohérence formelle et d'égalité, principes fondamentaux du droit procédural (M. D. BAYLES, *op. cit.*, 88 et ss.). La jurisprudence de la Cour en connaît déjà une application limitée en matière de concours financier du Fonds social européen: « L'obligation de la Commission de préparer une décision avec toute la *diligence* requise et de prendre sa décision sur la base de toutes les données pouvant avoir une incidence sur le résultat découle notamment du principe de bonne administration, du principe de légalité et de celui de l'égalité de traitement » (TPICE, 19 mars 1997, *Oliveira/Commission*, T-73/95, pt 32, II-394).

¹²⁹⁰ En droit communautaire, cette exigence ne saurait cependant être regardée comme absolue. Il est constant que la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation et que « le fait que la Commission a appliqué dans le passé des amendes d'un certain niveau à certains types d'infractions ne saurait la priver de la possibilité d'élever ce niveau, si cela s'avère nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de la concurrence » (TPICE, 14 mai 1998, *Cascades/Commission*, T-308/94, pt 191, II-984). Il faut seulement que cette modification soit soigneusement motivée et en cohérence avec « sa pratique décisionnelle antérieure » (pt 197, II-986).

¹²⁹¹ Le contentieux de la fonction publique va s'inspirer de la jurisprudence *Technische* en posant trois exigences: 1° un examen objectif (TPICE, 21 octobre 1992, *Henri Maurissen/Cour des comptes des Communautés européennes*, T-23/91, II-2377, pt 42; CJCE, 18 mars 1993, *Parlement européen/Erik Dan Frederiksen*, C-35/92 P, I-991, pt 13); 2° un examen soigné (TPICE, 30 janvier 1992, *Richard Schönherr/Comité économique et social des Communautés européennes*, T-25/90, II-63, pt 25); 3° Un examen complet (TPICE, 30 janvier 1992, II-63, pts 26 à 28).

régime procédural des plaintes dénonçant l'existence d'aides d'Etat »¹²⁹². Mais « l'absence de dispositions correspondantes ne signifie certes pas qu'il ne serait pas possible, en matière d'aides d'Etat, de s'adresser à la Commission au moyen d'une plainte. Il résulte au contraire indiscutablement du principe de bonne administration que la Commission est tenue d'examiner toutes les plaintes dont elle est saisie contre des aides »¹²⁹³. Ce devoir de vigilance a été doublé d'un devoir de sollicitude.

456. C'est l'avocat général Tesauo qui a opportunément soulevé la question. Dans ses conclusions dans l'affaire *Cook/Commission*, il précise que « la procédure prévue par le traité, pour le contrôle des aides d'Etat, ne constitue que l'expression spécifique de principes ayant une portée plus générale »¹²⁹⁴. Or ces principes, « les principes d'impartialité », « les droits de la défense », il prétend les trouver dans la jurisprudence *Technische Universität München*. Sans doute, pour lui, le principe d'impartialité ne se situe-t-il qu'au stade de la procédure formelle; son influence sur la procédure préliminaire est purement indirecte, pour souligner « le caractère indispensable de la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 2, lorsqu'il existe des doutes quant à la compatibilité de l'aide ». En effet, l'exigence fondamentale de la procédure préliminaire doit être préservée, qui est « de ne pas "alourdir" inutilement le système de contrôle des aides »¹²⁹⁵. Il manque ainsi l'occasion de consacrer le principe dans le traitement des plaintes¹²⁹⁶. Mais, à travers ces conclusions, court l'expression simple qui est l'essence du principe: « une appréciation *complète* de la nature et de l'impact communautaire de la mesure nationale »¹²⁹⁷.

457. Ainsi la Cour peut-elle rappeler qu'en cas de doutes sur la compatibilité de l'aide:

« ...la Commission a le devoir de s'entourer de tous les avis nécessaires et d'ouvrir, à cet effet, la procédure de l'article 93, paragraphe 2. »

« ...il appartient à la Commission, sous le contrôle de la Cour, de déterminer, en fonction des circonstances de fait et de droit propres à l'affaire, si les difficultés rencontrées dans l'examen de la compatibilité de l'aide nécessitent l'ouverture de cette procédure »¹²⁹⁸.

Là encore, ce qui est important dans ce considérant, c'est l'expression sans envergure: « en fonction des circonstances de fait et de droit propres à l'affaire ». La Cour reconnaît que l'examen de la plainte « nécessitait une analyse complexe ». N'ayant pas été effectuée de manière rigoureuse, la décision de ne pas ouvrir la procédure formelle encourt l'annulation.

¹²⁹² TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, pt 50, II-2668.

¹²⁹³ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Commission/Sytraval et Brink's France* (aff. C-367/95 P), § 41, I-1734.

¹²⁹⁴ Conclusions de l'avocat général Tesauo dans l'affaire *Cook/Commission* (C-198/91), § 15, I-2506.

¹²⁹⁵ Ibid., § 17, I-2506.

¹²⁹⁶ En l'espèce, l'avocat général retient une erreur de droit de la part de la Commission - la violation de l'article 88 § 2 - du fait qu'elle aurait dû engager la procédure formelle, ne disposant pas « des éléments pertinents pour effectuer une appréciation complète et sûre de la compatibilité de l'aide », les éléments du dossier tendant plutôt à montrer l'incompatibilité (§§ 50 et ss, I-2514). Position ambiguë due à sa réticence à reconnaître l'impartialité dès phase préliminaire.

¹²⁹⁷ Ibid., 17, I-2506.

¹²⁹⁸ CJCE, 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, pts 29 et 30, I-2529-2530.

458. Rendu moins de deux mois plus tard, l'arrêt *Matra/Commission* du 15 juin 1993 affermit cette solution. L'avocat général van Gerven rappelle l'obligation, de la part de la Commission, de procéder à « un examen particulièrement minutieux » des projets d'aides qui lui sont soumis par les plaignants¹²⁹⁹. Car « si la Commission décide à tort de ne pas engager la procédure de l'article 93, paragraphe 2, cette attitude constitue, de manière quasi-automatique, une violation des droits de la défense des tiers intéressés », notamment des plaignants, parce qu'ils seraient privés de l'occasion d'être entendus sur la compatibilité de l'aide¹³⁰⁰. Ce lien entre l'examen de la plainte et les droits de la défense est révélateur, même s'il demeure indirect: la Cour va l'utiliser pour ranger le moyen de la plaignante sous le titre de l'examen d'une « violation des règles de procédure »¹³⁰¹.

459. Il apparaît ainsi que le contrôle de l'examen sérieux des plaintes peut être utilisé comme un moyen de forcer la Commission à ouvrir la procédure formelle en cas de doutes sérieux sur la compatibilité de l'aide. Dans l'affaire *Cook*, l'appréciation de la Commission était manifestement incorrecte: « étayée par aucun élément objectif, se révélant de ce fait tout à fait arbitraire, et, d'autre part, (...) clairement démentie par les éléments versés au dossier »¹³⁰². Dans l'affaire *Matra*, un « examen détaillé et nuancé » d'une part¹³⁰³, cohérent d'autre part¹³⁰⁴, permettait de considérer la décision de la Commission comme étant suffisamment motivée¹³⁰⁵.

460. Deux arrêts du Tribunal de première instance rendus en septembre 1995 vont transformer la portée du principe. Leur apport à la matière est cependant très différent. Le premier poursuit l'œuvre de la jurisprudence. Dans l'arrêt *SIDE* du 18 septembre, le Tribunal rappelle que « l'existence éventuelle des difficultés [d'appréciation de la Commission] doit être évaluée par le Tribunal d'une manière objective »¹³⁰⁶. Aussi juge-t-il utile de poser à la Commission des questions écrites visant à vérifier la réalité des données de fait sur lesquelles ses appréciations se fondaient¹³⁰⁷. A la base de celles-ci, un ensemble d'éléments incomplets seront alors révélés¹³⁰⁸. Conformément à la jurisprudence *Matra*, un élément de cohérence est requis à l'égard des articles 81 et 82, d'autant que ces articles poursuivent le même objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun¹³⁰⁹. A défaut, la décision de la Commission de ne pas ouvrir la procédure formelle doit être annulée.

§ III. LA JURISPRUDENCE SYTRAVAL OU LA REVOLUTION DE L'IMPARTIALITE?

¹²⁹⁹ Conclusions de l'avocat général van Gerven dans l'affaire *Matra/Commission* (C-225/91), § 47, I-3242.

¹³⁰⁰ Ibid., § 58, I-3248.

¹³⁰¹ CJCE, 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, pt 32, I-3258.

¹³⁰² Conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire *Cook/Commission* (C-198/91), § 65, I-2520.

¹³⁰³ CJCE, 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, pt 26, I-3257.

¹³⁰⁴ Ibid., pts 42 à 46, I-3261.

¹³⁰⁵ Ibid., pts 48 et 49, I-3262.

¹³⁰⁶ TPICE, 18 septembre 1995, *SIDE/Commission*, T-49/93, pt 60, II-2524.

¹³⁰⁷ Ibid., pt 67, II-2526.

¹³⁰⁸ Ibid., pts 68 à 75, II-2526-2529.

¹³⁰⁹ Ibid., pt 72, II-2528.

461. Il n'est pas exagéré de dire que l'arrêt *Sytraval*, rendu le 28 septembre, va déclencher une remise en cause profonde des procédures communautaires. Il n'est que de se reporter aux réactions qu'il a suscitées. Le 4 septembre 1989, plusieurs sociétés et associations de droit français, dont les requérantes, saisissent la Commission d'une plainte concernant l'existence d'aides versées illégalement par le gouvernement français à une société concurrente dans le domaine postal. Le 5 février 1992, la Commission adopte une décision de rejet de la plainte. Au vu des griefs avancés par les requérantes, le Tribunal décide d'examiner le bien-fondé de l'examen de la plainte effectué par la Commission au titre de l'exigence de *motivation*.

A. La conception nouvelle du Tribunal

462. Au sujet de l'un des griefs avancés par la requérante dans sa plainte, il lui faut d'abord constater que:

« ...de l'aveu même de la Commission, celle-ci n'a pas répondu à ce grief dans la décision attaquée. Or, s'il ressort de la jurisprudence qu'il n'est pas exigé que la Commission discute tous les points de fait et de droit qui ont été soulevés par les intéressés, il n'en reste pas moins qu'elle est tenue de *répondre de manière motivée à chacun des griefs formulés dans la plainte*, ne fût-ce que, le cas échéant, en se référant à une règle de minimis lorsque l'aspect accessoire en cause est d'une importance qui ne justifie pas que la Commission s'y attarde. »¹³¹⁰

La motivation revêt ici une extension jusque-là inconnue en droit communautaire. Elle excède ce qui est requis en général dans les décisions de rejet d'une plainte¹³¹¹.

463. Mais, bien plus,

« [la Commission] a l'obligation d'examiner d'office les griefs que n'aurait pas manqué de soulever le plaignant s'il avait pu prendre connaissance des éléments du dossier. »¹³¹²

Ce qui est requis ici n'est rien moins qu'un « dialogue hypothétique » entre l'administration et l'entreprise¹³¹³. La Tribunal y voit une conséquence de « l'obligation de procéder à un examen minutieux et impartial du dossier soumis à son instruction »¹³¹⁴. Il est en effet essentiellement reproché à la Commission de s'être retranchée derrière la faiblesse des éléments fournis par les plaignants. Or, « la Commission dispose, quant à elle, de moyens plus efficaces et appropriés pour recueillir les informations nécessaires à une instruction minutieuse et impartiale de la

¹³¹⁰ TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, pt 62, II-2671; nous soulignons.

¹³¹¹ Voy. par ex. CJCE, 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, pt 48, I-3262: « la décision (...) doit uniquement contenir les raisons pour lesquelles la Commission estime ne pas être en présence de difficultés sérieuses d'appréciation de la compatibilité de l'aide litigieuse avec le marché commun ».

¹³¹² TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, pt 66, II-2673.

¹³¹³ Cf. P. NEHL, *op. cit.*, 157.

¹³¹⁴ *Ibid.*, pt 66, II-2672.

plainte »¹³¹⁵. Cet argument est décelable dans la jurisprudence antérieure: la supériorité des moyens d'investigation dont dispose l'autorité administrative par rapport à ceux dont disposent les intéressés, telle est la raison d'être du contrôle confié à la Commission¹³¹⁶. Mais cette considération emporte, ici, des conséquences d'une ampleur inconnue.

464. Voici le nœud de la dispute:

« le Tribunal considère (...) que l'obligation pour la Commission de motiver ses décisions peut requérir, dans certaines circonstances, l'engagement d'un *débat contradictoire* avec le plaignant dès lors que, pour justifier à suffisance de droit son appréciation de la nature d'une mesure qualifiée par le plaignant d'aide d'Etat, la Commission a besoin de connaître le position de celui-ci sur les éléments qu'elle a recueillis dans le cadre de son instruction. Dans de telles circonstances, cette obligation constitue le prolongement de l'obligation qui incombe à la Commission d'assurer un traitement diligent et impartial de l'instruction du dossier en s'assurant de tous les avis nécessaires. »¹³¹⁷

Dira-t-on qu'en imposant pareille obligation, le Tribunal méconnaît le cadre procédural spécifique qui gouverne le contrôle des aides d'Etat? De ce danger, le juge est conscient: « Il convient d'ajouter que la Commission ne saurait prétendre, comme elle l'a fait lors de l'audience, que l'engagement d'un tel débat contradictoire sur le contenu de la plainte et de son enquête aboutit en réalité à imposer à la Commission d'ouvrir la procédure »¹³¹⁸. C'est donc en toute connaissance de cause que le contradictoire est imposé dans la phase préliminaire.

465. Ce dernier point a suscité une réaction hostile, presque unanime. Tous s'accordent à reconnaître ici un renversement des principes d'organisation de la procédure, sans toutefois que la logique de ce renversement soit clairement identifiée. Ainsi, on invoquera un « faux-pas », peut-être dû aux « circonstances de l'espèce »¹³¹⁹: le délai exceptionnellement long entre le dépôt de la plainte et la décision de rejet, les conditions d'examen de la plainte manifestement peu sérieuses, l'absence de réglementation procédurale à l'époque du jugement. Mais il ne faut pas s'y tromper: une logique nouvelle s'exprime dans ce jugement. Elle repose sur une conception de la procédure fondée sur le principe d'impartialité. Au lieu d'être considérée comme une garantie dérivée et une compensation, l'impartialité est au contraire élevée au rang de principe fondamental régissant toute la procédure¹³²⁰. Voilà la « révolution ». Elle vient de ce que la notion est considérablement

¹³¹⁵ Ibid., pt 77, II-2677.

¹³¹⁶ Cf. TPICE, 18 septembre 1995, *SIDE/Commission*, T-49/93, pts 70-71, II-2257; CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, pt 62, I-1770.

¹³¹⁷ TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, pt 78, II-2678 (nous soulignons).

¹³¹⁸ Ibid., pt 79, II-2678.

¹³¹⁹ Dans son arrêt, le TPICE ne cesse de s'y référer. Il note par exemple au point 66 « le fait que la Commission avait connaissance de ce que les locaux étaient mis à la disposition de Securipost selon les prescriptions du code des domaines de l'Etat, qui définit des conditions de mise à disposition différentes de celles du marché » (II-2673). Or l'on sait que « l'avantage qui n'aurait pu être obtenu dans les conditions normales du marché » demeure l'un des critères déterminants de la qualification d'une mesure en tant qu'aide d'Etat.

¹³²⁰ On se demandera, de manière incidente, si le Tribunal ne retrouve pas dans cet arrêt une tradition de droit administratif, quelque peu oubliée aujourd'hui, qui voit dans le principe d'impartialité un principe de portée tout

élargie. En tant que principe général et supérieur, l'impartialité constitue ici la matrice d'où dérivent un ensemble complet et cohérent d'obligations procédurales, et notamment le droit d'être entendu¹³²¹. Le Tribunal rompt, ainsi, non seulement avec l'organisation du contrôle des aides mais avec l'idée originale qui préside à l'adoption du principe des droits de la défense: une procédure divisée en deux et des droits limités aux seuls destinataires de la décision. Au fond de cette jurisprudence, il y a en effet les deux convictions que, au regard des garanties procédurales, la procédure est une et que tous les intéressés ont vocation à former eux-mêmes l'objet de la procédure. Les conséquences en sont plus qu'un encadrement du pouvoir discrétionnaire de la Commission: une remise en cause de sa maîtrise de la procédure et une redistribution des rôles des intéressés. Il n'en résulte pas pour autant un accroissement des pouvoirs du juge¹³²². Il s'agit semble-t-il d'un effort pour redonner aux parties intéressées, dont fait partie la Commission, le droit d'argumenter.

B. La réaction de la Cour

466. Rien de tel ne se produira. Cette jurisprudence a eu contre elle de nombreux intérêts. On comprend qu'elle ait suscité de vives réactions¹³²³. La censure de la Cour était attendue. Selon l'avocat général Lenz, « le Tribunal a nettement excédé le cadre normal de ces principes et a finalement examiné, non pas l'existence d'une motivation suffisante, mais l'exactitude matérielle de ces motifs »¹³²⁴. L'erreur initiale du Tribunal, qui a entraîné une série de conséquences erronées, aurait été de considérer que la décision de rejet d'une plainte en matière d'aides avait les plaignants pour destinataires¹³²⁵. Il en résulte que les deux obligations procédurales que le Tribunal a fait peser sur la Commission sont invalides. Il s'agit, en premier lieu, de l'obligation d'engager un débat contradictoire avec le plaignant: aucune base juridique ne saurait justifier cette obligation qui est, au surplus, incompatible avec la jurisprudence de la Cour sur la position

à fait générale, un véritable « droit à l'exercice du pouvoir discrétionnaire » (J.-C. VENEZIA, *LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE*, LGDJ, Paris, 1959, 139; voir également G. ISAAC, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968, 446 et ss.).

¹³²¹ En ce sens, le lien entre impartialité et droit d'être entendu a été clairement affirmé par l'avocat général Slynn: « en ce qui concerne la procédure, l'Ancides prétend que la Commission n'a pas procédé à l'examen suffisamment minutieux des nouvelles circonstances sur lesquelles son attention aurait dû être alertée (...) et qu'en particulier elle n'a pas accordé d'audition à l'Ancides ni à ses membres » (Conclusions présentées le 27 novembre 1986 dans l'affaire *Ancides/Commission*, [1987] Rec. 3144; cette version de l'argument disparaît dans l'arrêt de la Cour, pt 5, Rec. 3153). Voy. également CJCE, 21 novembre 1991, *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*, C-269/90, I-5469 (d'où découle l'interprétation extensive exposée *supra*, §§ 242 et ss.).

¹³²² Chose à noter, le Tribunal prend soin, dès le départ, de préciser que ce contrôle juridictionnel de la motivation porte sur l'interprétation opérée par la Commission et non sur la compatibilité des mesures nationales qualifiées d'aides d'Etat (pt 54, II-2669).

¹³²³ Il a embarrassé les autres chambres du Tribunal. Ainsi des requérants ont-ils pu soutenir dans une affaire jugée le 27 février 1997 que l'arrêt *Sytraval*, prononcé après le dépôt de la requête, constituait un « élément nouveau » au sens du règlement de procédure du Tribunal qui justifiait donc la production de moyens nouveaux relatifs à la motivation en cours d'instance. Cet argument a été repoussé par le Tribunal (troisième chambre élargie) au motif que « ledit arrêt ne [donnait] qu'une interprétation ex tunc de l'étendue de l'obligation de motivation incombant aux institutions communautaires » (TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a./Commission*, T-106/95, pts 50 à 61, II-250-252).

¹³²⁴ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Commission/Sytraval et Brink's France* (C-367/95 P), § 59, I-1740.

des tiers durant la première phase de la procédure¹³²⁶. Il s'agit, en second lieu, de l'obligation d'examiner d'office les griefs que n'aurait pas manqué de soulever la plaignante: « ce critère, qui oblige la Commission à se mettre à la place du requérant, n'est pas apte à délimiter l'obligation d'instruction qui incombe à la Commission¹³²⁷. Dans l'arrêt du Tribunal, la Cour a une confusion dans l'utilisation des cas d'ouverture: sous couvert du contrôle de la motivation formelle, il aurait indûment procédé à un examen de fond de la décision¹³²⁸.

467. La Cour maintient néanmoins l'« obligation, le cas échéant, d'instruire une plainte en allant au-delà du seul examen des éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par le plaignant ». En effet, la Commission est « tenue, dans l'intérêt d'une bonne administration des règles fondamentales du traité relatives aux aides d'Etat, de procéder à un *examen diligent et impartial* de la plainte, ce qui peut rendre nécessaire qu'elle procède à l'examen des éléments qui n'ont pas été expressément évoqués par le plaignant »¹³²⁹. Le principe de l'examen impartial et diligent est donc restauré dans sa signification initiale, qui est « objective »¹³³⁰. Il apparaît comme une extension de l'obligation de motivation, qui a pour fonction de protéger les tiers dans les phases d'instruction. On ne verra pas dans ce principe un « nouveau droit procédural »¹³³¹. On y verra une compensation, en l'absence d'une protection procédurale plus étendue.

468. Ainsi circonscrit, le principe a fait l'objet de nouvelles et nombreuses applications¹³³². Dans un récent contentieux relatif au contrôle du financement des télévisions publiques, le Tribunal utilise le principe pour étendre l'obligation d'ouvrir la procédure formelle en cas de doute sur la qualification de la mesure en tant qu'aide d'Etat, et non plus seulement sur sa compatibilité¹³³³. Transposant la jurisprudence SCK, rendue sur demande d'exemption, le Tribunal a déduit la nécessité de respecter un délai raisonnable pour statuer sur la plainte¹³³⁴.

¹³²⁵ CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, pts 43 à 47, I-1765-1766.

¹³²⁶ Ibid., pt 59, I-1769.

¹³²⁷ Ibid., pt 61, I-1770.

¹³²⁸ Ibid., pts 67 à 72, I-1771-1773. Ainsi, « le Tribunal, s'il a fusionné l'examen des deux moyens, a finalement fondé l'annulation de la décision de la Commission sur la seule violation de l'article 190 du traité. Cependant, certains des griefs retenus dans l'arrêt attaqué à l'encontre de cette décision ne peuvent être tirés de la violation de l'obligation de motivation » (pt 68). Il a confondu l'insuffisance de motivation et l'erreur manifeste d'appréciation dans l'instruction de l'affaire. Or, le premier relève de la violation des formes substantielles et constitue, à ce titre, un moyen d'ordre public qui doit être soulevé d'office par le juge communautaire; le second porte relève de la violation d'une règle de droit relative à l'application du traité, qui ne peut être examinée que s'il est invoqué par le requérant (pt 67).

¹³²⁹ Ibid., pt 62, I-1770 (nous soulignons).

¹³³⁰ J.A. WINTER oppose ainsi une approche « objective », qui consiste à mener un examen complet de la plainte, à une approche « subjective », qui oblige la Commission à entretenir un dialogue avec la plaignante (*The Rights of Complainants in State Aid Cases: Judicial Review of Commission Decisions Adopted under Article 88 (ex 93) EC*, CMLR, 1999, 563).

¹³³¹ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Commission/Sytraval et Brink's France* (C-367/95 P), § 92, I-1750.

¹³³² Par la même chambre ayant rendu l'arrêt *Sytraval*, TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, pts 92 à 114, II-2443-2454; TPICE, 15 septembre 1998, *BP Chemicals/Commission*, T-11/95, II-3235; adde: L. IDOT, *La jurisprudence du Tribunal en matière d'aides d'Etat — septembre 1998*, Europe, 1998, Chron. 9.

¹³³³ Cette question était au centre de la jurisprudence *Sytraval*. Cette solution découle nettement de deux arrêts du Tribunal du 15 septembre 1998 (*BP Chemicals/Commission*, T-11/95, pt 166, II-3287; TPICE, 15 septembre 1998, *Gestevisión Telecinco/Commission*, T-95/96, pt 52, II-3424). Le second de ces arrêts est le point de

Comme le souligne M.-A. Hermitte, cette nouvelle jurisprudence du Tribunal « permet donc de mieux situer la place exacte des intéressés. Ils n'occupent pas la position protégée de ceux qui disposent de l'intégralité des droits de la défense; ce n'est qu'au niveau du recours contre la décision qu'ils peuvent vraiment être admis à discuter les pièces du dossier, et non au niveau de la communication de griefs. De même, si le droit des intéressés est bien défini comme un droit de participation et d'information, ce n'est pas dans le cadre du principe du contradictoire qui ne vaut que pour l'Etat. Il en va autrement en ce qui concerne l'obligation de motivation »¹³³⁵. Les tiers doivent s'en remettre au juge. Mais, dès lors, une autre question se pose. Le juge n'est-il pas conduit à enfler l'exigence de motivation? Force est de reconnaître que le juge est conduit à déborder la procédure et à porter son contrôle sur les éléments matériels de la décision. L'annulation, lorsqu'elle sera prononcée, le sera le plus souvent au titre du contrôle des motifs¹³³⁶. Mais, tel qu'il apparaît et se développe dans la jurisprudence communautaire, il est significatif que le respect de ce devoir d'impartialité puisse être tiré du moyen de l'erreur manifeste d'appréciation¹³³⁷. Recherchant les éléments déterminants devant être pris en compte, le juge pourra être conduit à vérifier l'opportunité du choix opéré par la Commission. Mais, dès lors, « Que reste-t-il du principe d'opportunité des poursuites? »¹³³⁸. On a beau rappeler que « le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission n'est pas sans limite »¹³³⁹. Une chose est d'exiger un examen sérieux; autre chose est de réduire le pouvoir discrétionnaire à néant et

départ du contentieux sur les entreprises de télévision publiques: TPICE, 10 mai 2000, *SIC/Commission*, T-46/97, pt 91; v., en ce sens, J.-Y. CHEROT, *Règles applicables aux Etats*, Europe, 2000, n° 221.

¹³³⁴ TPICE, 15 septembre 1998, *Gestelevision Telecinco/Commission*, T-95/96, pt 73, II-3429; TPICE, 3 juin 1999, *TFI/Commission*, T-17/96, II-1757. Déjà en germe dans les conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Commission/Sytraval et Brink's France* (C-367/95 P), § 54, [1998], § 92, I-1750; TPICE, 10 mai 2000, *SIC/Commission*, T-46/97, pt 105. Dans toutes ces affaires cependant, le Tribunal conclut au respect d'un délai raisonnable. Pour une critique sur ce point, J.A. WINTER, *The Rights of Complainants in State Aid Cases: Judicial Review of Commission Decisions Adopted under Article 88 (ex 93) EC*, CMLR, 1999, 521-568. Comp., en matière de concurrence, concluant au contraire à la violation de l'exigence délai raisonnable pour prendre une décision à compter de la réception des observations du plaignant, TPICE, 9 septembre 1999, *UPS Europe/Commission*, T-127/98, pt 37, II-2646; v. déjà CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobiles/Commission*, C-282/95 P, pt 37, I-1543.

¹³³⁵ M.-A. HERMITTE, *Chronique de jurisprudence*, JDI, 1999, 603. « L'arrêt du Tribunal est manifestement sous-tendu par l'intention de protéger les intérêts des plaignants et d'autres intéressés... ». Mais protection suffisamment assurée à ce stade par motivation décision, laquelle peut être attaquée (Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Commission/Sytraval et Brink's France* (C-367/95 P), § 88, [1998] I-1748-49).

¹³³⁶ Comp., en droit français, R. MOULIN, *op. cit.*, 443-455. L'auteur note ainsi que « ce sont les motifs qui, parce qu'ils constituent la justification invoquée par l'administration, servent à apprécier le caractère suffisant ou non de l'examen du dossier » (446). De manière générale, il montre bien que « la jurisprudence semble, en cette matière, défier tout à la fois le classement des conditions de légalité des actes administratifs et celui des moyens d'ouverture du recours en annulation » (444).

¹³³⁷ Cf. I.L.P. CROMBEEN, *The Legal Duties of the European Commission Towards Private Party-Complainants in EC Competition Cases*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1998, 153-184. Comp. J.-P. HENRI, *Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste. Le contrôle du respect de l'obligation de diligence*, AJDA, 20 juin 1979, 17-26.

¹³³⁸ L. IDOT, *comm.*, Europe, 1999, n° 190. Commentant l'arrêt *Ufex*, l'auteur estime que « le contrôle juridictionnel devient tel que la Commission perd en fait une grande partie de sa marge de manœuvre (...). Cela est pour le moins contradictoire avec la reconnaissance d'un pouvoir dit discrétionnaire dans le traitement des plaintes... ».

¹³³⁹ CJCE, 4 mars 1999, *Ufex e.a./Commission*, C-119/97, pt 89, I-1397.

d'assigner à la Commission la mission d'enquêter sur toute infraction alléguée afin de s'assurer que le régime de concurrence ne soit pas faussé sur le marché.

469. Au même titre que l'obligation de motivation, et pour les mêmes raisons, la consécration de ce principe risque d'entraîner le juge vers un « procéduralisme excessif ». Cette tendance ne résulte pas d'un excès de garanties accordées aux intéressés au sein de la procédure. A défaut de reconnaître un statut procédural aux tiers dans ces procédures, le juge est conduit à exercer un contrôle étendu sur le fond. En cas de défaut de diligence de l'administration, la juge substitue sa propre diligence. De la sorte, le point de vue des tiers aura été pris en considération. Mais il reste en quelque sorte enfermé dans le cercle des autorités de contrôle. Disons, à titre d'hypothèse, qu'il n'en pourrait aller autrement que si la procédure n'était plus conçue comme un ensemble de faits utiles en vue d'un résultat, mais comme un temps de dialogue et d'argumentation avec l'ensemble des intéressés¹³⁴⁰.

470. Conclusion. L'analyse qui précède traduit un développement constant du formalisme procédural au sein des procédures administratives, mais annonce en même temps certains tempéraments à l'application de ces garanties. La protection procédurale se scinde ainsi dans deux directions divergentes, d'un côté vers un formalisme très protecteur pour quelques intéressés, en quelques endroits précis de la procédure, de l'autre vers une protection adaptée aux nécessités fonctionnelles du contrôle administratif et juridictionnel. C'est dans cette seconde voie qu'il faut maintenant s'engager, pour en montrer les implications pratiques.

¹³⁴⁰ Voy., déjà, en matière de refus d'un concours financier par le Fonds social européen: « le Tribunal considère que la Commission a fait preuve d'une bonne administration et de diligence en examinant soigneusement tous les éléments du dossier et, dans ce cadre, en *prenant contact avec les sous-traitants* en vue d'obtenir les informations et les pièces justificatives que la requérante n'était pas à même de fournir » (TPICE, 14 juillet 1997, *Interhotel/Commission*, T-81/95, pt 63, II-1290; nous soulignons).

Titre III

L'ADAPTATION DES GARANTIES PROCEDURALES

471. Les droits de la défense sont un idéal qui fait place à de nombreux tempéraments pratiques. Ces tempéraments ne sont pas arbitraires; ils résultent d'une logique d'adaptation à la flexibilité et à l'efficacité de l'action administrative. Le juge communautaire part d'une conception de la procédure comme instrument de protection individuelle. Mais force lui est de constater que ce système se heurte aux nécessités objectives de la régulation économique. En certains points, il est bien obligé d'abandonner cette position et de compenser cet abandon par d'autres garanties: ce seront des garanties juridictionnelles.

472. Il est remarquable que trois grands processus résultent de cette même logique: les garanties individuelles cèdent dans certaines procédures (I); elles cèdent à l'égard de certaines personnes intéressées (II); elles peuvent céder dans la phase décisive de la sanction juridictionnelle (III). Ces trois processus d'adaptation ne sont pas spécifiques du droit communautaire; mais ils se manifestent tous trois dans la jurisprudence étudiée. Seul le rapprochement de ces trois processus permet de rendre intelligible la constitution d'un modèle procédural communautaire.

Chapitre I

LA PROTECTION DANS LES PROCEDURES

473. L'étude de l'étendue de la protection procédurale doit porter sur trois procédures principales, qui se développent à côté de la procédure contradictoire proprement dite: les procédures d'enquête préalable (I), les procédures informelles (II), les procédures d'urgence (III). L'atténuation des garanties procédurales se manifestent dans ces trois procédures, quoique de manière plus marquée pour les deux premières.

SECTION I. LA PROCEDURE D'ENQUETE PREALABLE

474. Est-il possible de consacrer le droit d'être entendu hors de la « procédure contradictoire »? L'énoncé, d'emblée, avoue une contradiction. Mais ce n'est que le reflet d'une ambiguïté inhérente aux procédures de concurrence: inversant la logique, elles font dépendre l'application d'un droit de la qualification de la procédure; en qualifiant la procédure succédant l'enquête de « contradictoire »¹³⁴¹, elles croient justifier l'exclusion de la garantie du contradictoire de la phase préalable¹³⁴². Or c'est par abus de langage que l'on identifie la garantie et la procédure.

475. La Cour a commencé à l'admettre tardivement, dans le considérant suivant: « Il y a lieu de préciser que, s'il est vrai que (...) la Cour a relevé que les droits de la défense doivent être respectés dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, il importe d'éviter que ces droits ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédure d'enquête préalable dont notamment les vérifications, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité »¹³⁴³. Les droits du contradictoire demeurent exclus (I); mais, dès lors, des garanties minimales de la défense s'imposent (II).

§ I. L'EXCLUSION DES DROITS DU CONTRADICTOIRE

476. Que les droits de la défense soient par principe exclus de ces procédures (A) n'implique nullement la suppression de tout formalisme (B).

A. Le fondement de l'exclusion

¹³⁴¹ Voir par ex. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 16, Rec. 2924.

¹³⁴² Pour un tel raisonnement, M.-A. FRISON-ROCHE, *GENERALITES SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE (Droit processuel)*, Thèse Droit, Paris II, 1988.

¹³⁴³ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 15, Rec. 2923.

477. Selon la Cour, « l'exercice d'un tel droit de la défense s'inscrit principalement dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives visant à faire cesser une infraction ou à constater une incompatibilité légale » tandis que « la procédure de vérification dont il est question à l'article 14 du règlement n° 17 (...) a uniquement pour objet de permettre à la Commission de recueillir la documentation nécessaire pour vérifier la réalité et la portée d'une situation de fait ou de droit déterminée ». Sans doute ne peut-on, comme le fait la Commission, tirer argument du défaut de consécration légale, car un « un droit d'être entendu peut toutefois exister même lorsqu'aucun texte législatif ne le confère expressément »¹³⁴⁴. Il reste cependant que:

« C'est précisément cette différence substantielle entre les décisions prises à l'issue d'une telle procédure [procédure de poursuite] et les décisions ordonnant une infraction qui explique que l'article 19 (...) ne mentionne pas celle prévue à l'article 14, paragraphe 3 du même règlement. »¹³⁴⁵

Le passage suggère que le fondement de la discrimination est la *nature* de la procédure et des décisions en cause¹³⁴⁶: les unes, subjectives, appelleraient par nature des garanties de protection individuelle, les autres, objectives, en seraient dispensées. A ce compte, la conclusion est évidente: la Cour exclut le droit d'être entendu de toutes les procédures d'enquête en matière de concurrence. Que cette solution s'imposait en l'espèce, le point se passe de démonstration. Mais c'est le raisonnement de la Cour qui apparaît contestable¹³⁴⁷.

478. Parce que la procédure d'enquête concerne des situations de fait, s'ensuit-il que les droits de la défense doivent en être exclus? A supposer que, dans la suite de la procédure, les mêmes faits soient constitutifs d'une infraction, comment soutenir que, dans un cas, ils revêtent une signification objective tandis que, dans l'autre, ils revêtent une signification subjective? Le fait est que la procédure d'enquête préalable touche de la même manière aux intérêts individuels des personnes en cause. Elle aboutit, également, à des actes d'instruction de caractère « décisoire et attentatoire »¹³⁴⁸. Selon l'avocat général Lenz, « il s'agit, dans le cas d'une décision de vérification, d'une mesure affectant directement la sphère juridique de l'entreprise concernée », et non d'une « mesure préparatoire destinée seulement à mettre [la Commission] à même de prendre une décision définitive en ce qui concerne l'existence d'une infraction aux règles de concurrence »¹³⁴⁹.

¹³⁴⁴ C'est du moins ce que tenderait à prouver l'affaire *Transocean Marine Paint*, comme le rappelle l'avocat général Warner dans ses conclusions dans cette affaire présentées le 30 avril 1980, [1980] Rec. 2068.

¹³⁴⁵ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pt 21, Rec. 2058.

¹³⁴⁶ Ce raisonnement s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence *Transocean Marine Paint*, selon laquelle c'est « la nature de la procédure d'audition » qui justifie l'application du droit d'être entendu: de même que la procédure d'enquête préliminaire exclurait, par nature, les droits de la défense, de même la procédure de poursuite de l'infraction serait le lieu naturel de l'audition (en ce sens, B. BEAUCHESNE, *LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Nouvelles Editions Fiduciaires, Levallois-Perret, 1993, 85).

¹³⁴⁷ Cf. A. PLIAKOS, *LES DROITS DE LA DEFENSE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1987, 122-126, B. BEAUCHESNE, *op. cit.*, 84-85.

¹³⁴⁸ A. PLIAKOS, *op. cit.*, 124.

¹³⁴⁹ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *AKZO Chemie/Commission* (aff. 5/85), § 35, [1986] Rec. 2598.

479. L'avocat général Slynn s'employa à combattre l'idée d'une séparation stricte entre les deux phases de la procédure. Dans l'affaire *IBM/Commission*, il jugeait « artificiel de distinguer le stade "de l'enquête" de celui qu'il est convenu d'appeler le stade "formel" », parce qu'il a en vue « l'ensemble » qui « constitue une procédure, débutant par une enquête, laquelle débouche sur une opinion provisoire qui s'est formée sur la base des renseignements reçus, laquelle se cristallise sous la forme de la communication des griefs, conduisant elle-même à une décision finale sur le point de savoir s'il y a eu ou non infraction »¹³⁵⁰. Les conséquences en sont, dans l'affaire *AM & S/Commission*, que « nous n'acceptons pas l'argument qui consiste à dire que les procédures au titre de l'article 14 sont purement *administratives* et se limitent à la constatation de *faits*, de sorte que la règle ne peut pas s'appliquer. Il n'y a aucune séparation nette, dans la procédure au titre du règlement n° 17, entre une phase de pure constatation des faits et une phase *quasi-judiciaire* lors de l'investigation. Le même directeur général s'occupe du dossier du début jusqu'à la fin (...). *C'est pourquoi, à notre avis, la règle de protection n'est pas exclue par la nature du procès* »¹³⁵¹.

480. Toute la difficulté vient peut-être d'une « erreur d'aiguillage initiale » qui a consisté à attacher les droits de la défense à la sanction¹³⁵². Mais l'erreur procède d'une vision générale du système administratif. Comme le remarque E. Putman, « le système probatoire de la Commission est inquisitorial »¹³⁵³. La procédure d'enquête toute entière consiste en des opérations destinées à la recherche des preuves. Elle est du côté de la vérité des faits. Une telle procédure comporte des droits mais surtout des devoirs pour les intéressés¹³⁵⁴. Elle relève plus du droit de la preuve que du principe processuel du contradictoire. Cette exclusion ne doit donc rien à la nature de la procédure. Elle résulte plutôt d'un souci pratique: c'est que l'efficacité des mesures d'enquête pourrait être menacée par la mise en place de garanties individuelles. Pareille exclusion exprime sous une forme concrète les nécessités de l'ordre public économique.

¹³⁵⁰ Conclusions de l'avocat général Slynn, [1981] Rec. 2663.

¹³⁵¹ Conclusions de l'avocat général Slynn, [1982] Rec. 1660 (nous soulignons).

¹³⁵² L'expression décrit l'évolution du droit administratif français, comp. G ISAAC, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968, 389 et ss.

¹³⁵³ E. PUTMAN, *CONTENTIEUX ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 1998, 417. Les autres procédures économiques sont fondées sur la même logique, qui distingue deux phases, bien que les pouvoirs d'enquête ne soient pas si étendus. Ainsi, « un des traits principaux qui différencie la phase d'examen de l'article 93, paragraphe 2, de la phase préliminaire de l'article 93, paragraphe 3, réside dans l'absence, lors de cette phase initiale, de toute obligation pour la Commission de mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations avant de prendre sa décision » (CJCE, 20 mars 1984, *Allemagne/Commission*, aff. 84/82, pt 13, Rec. 1488). La jurisprudence considère par conséquent que, « s'il est établi que c'est à bon droit que la Commission n'a pas ouvert la procédure de l'article 93, paragraphe 2, du traité, [la requérante] n'est pas fondée à invoquer la protection des droits de la défense » (CJCE, 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, pt 54, I-3263). De même, au terme de l'article 6 du Règlement 4064/89, l'examen initial de la notification de l'opération de concentration et l'enquête préalable à laquelle procède la Commission avant l'engagement de la procédure ne revêtent pas de caractère « contradictoire ». La procédure antidumping connaît également deux phases, un examen préliminaire suivi de l'engagement de procédure. La composante inquisitoriale y est encore plus prégnante.

¹³⁵⁴ En ce sens, M.-C. BOUTARD LABARDE, *ENQUETES EN VUE DE L'APPLICATION DES ARTICLES 85 & 86: DROITS ET DEVOIRS DES ENTREPRISES*, FEC-Larcier, Paris-Bruxelles, 1992.

481. De ce point de vue, si le contradictoire n'est pas pleinement appliqué à cette phase de la procédure, bien qu'elle soit susceptible d'aboutir à des décisions faisant grief, ce ne peut être que par exception. Tel est, au demeurant, le résultat auquel conduit le raisonnement de l'avocat général Warner l'affaire *National Panasonic*¹³⁵⁵. Seul un impératif d'efficacité permet de justifier l'exclusion: « le but de l'exécution d'une vérification sans avertissement est de prévenir la destruction ou la dissimulation possible de documents pertinents ». Il s'agit, par conséquent, d'une suspension plutôt que d'une exclusion de la notion, consacrée jurisprudentiellement, des droits de la défense¹³⁵⁶.

482. N'est-ce pas un même raisonnement qui conduit la Cour, dans l'affaire *Hoechst*, à déclarer que l'exigence de procéder à l'audition et à la consultation du comité consultatif préalablement à l'adoption d'une décision d'astreinte pour refus de se soumettre à une vérification « reviendrait à différer la date d'adoption de cette décision et, partant, à mettre en cause l'efficacité de la décision de vérification »¹³⁵⁷? Ainsi également se justifie l'atténuation du principe de collégialité¹³⁵⁸ et, pour les mêmes motifs, l'exclusion du principe *nulla poena sine lege*¹³⁵⁹.

¹³⁵⁵ « Un droit d'être entendu peut exister même lorsqu'aucun texte législatif ne le confère expressément. Néanmoins, la règle selon laquelle une personne, dont les droits sont susceptibles d'être affectés par une décision administrative, a le droit de faire connaître son point de vue à l'autorité en question est seulement une règle générale. Elle est sujette à des exceptions. Personne n'a jamais réussi à classer les exceptions en catégories, ni à définir les circonstances dans lesquelles elles existent (...). Mais une des exceptions doit être, à notre avis, le cas où le but de la décision serait ou pourrait être mis en échec si le droit était accordé » (Conclusions de l'avocat général Warner, [1980] Rec. 2068).

¹³⁵⁶ Pour A. PLIAKOS, au vu de la jurisprudence précédente, il y a « incohérence » (*op. cit.*, 125), J. SCHWARZE préfère parler « d'évolution » de la jurisprudence (*The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights*, CMLR, 1986, 411).

¹³⁵⁷ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 56, Rec. 2933.

¹³⁵⁸ Le système d'habilitation qui consiste à reconnaître au membre de la Commission chargé des questions de concurrence de décider seul d'ordonner à une entreprise de se soumettre à une vérification « apparaît nécessaire, compte tenu de l'augmentation considérable du nombre des actes décisionnels que la Commission est appelée à prendre, pour mettre celle-ci en mesure de remplir sa fonction » (CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 5/85, pt 37, Rec. 2615). Si la procédure ne peut être considérée comme une simple procédure d'administration interne ne portant pas atteinte aux droits de l'entreprise, en revanche, « contrairement à ce que soutiennent les requérantes, une décision ordonnant à une entreprise de se soumettre à une vérification doit être, en tant que mesure d'instruction, considérée comme une simple mesure de gestion », mesure pour laquelle des décisions d'habilitation sont autorisées (pt 38, Rec. 2615-2616). Le système des délégations de signature est admis pour la communication des griefs (CJCE, 17 janvier 1984, *VBVB et VBBB/Commission*, aff. jtes 43 et 63/82, pt 14, Rec. 56-57).

¹³⁵⁹ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pts 45 et 46, Rec. 2930-2931.

483. A ce compte, une exclusion « naturelle » et *a priori* n'est plus permise¹³⁶⁰. Ce qui importe plus désormais, c'est le résultat, qui peut être à chaque fois différent, de la conciliation entre les deux exigences de protection et d'efficacité¹³⁶¹. Telle est la logique finalement adoptée dans l'affaire *Hoechst*. Certes, la notion de droits de la défense, associée à celle de sanction, est maintenue. La Cour sauve ainsi l'essentiel de la séparation entre les deux phases de la procédure. Mais, indirectement, le formalisme procédural s'introduit dans les procédures d'enquête. Il est vrai qu'il n'en était pas tout à fait absent.

B. Un formalisme relatif

484. Aux fins de l'enquête en matière d'ententes et de positions dominantes, la Commission dispose de deux procédés principaux, institués par les articles 11 et 14 du Règlement 17: les demandes de renseignements et les vérifications¹³⁶². Il s'agit de deux procédures « possédant chacune son autonomie »¹³⁶³. Elles présentent « une structure différente »: « alors que les renseignements que la Commission juge opportun de connaître ne peuvent, en règle générale, être recueillis sans la collaboration des entreprises et associations d'entreprises qui les détiennent, les vérifications, par contre, ne sont pas nécessairement liées à cette même condition. Elles (...) ne supposent pas une collaboration préalable »¹³⁶⁴. En cas de refus de répondre à la demande, une sanction peut être infligée¹³⁶⁵. En cas d'opposition lors de la vérification, l'assistance des autorités nationales peut être requise¹³⁶⁶. La Commission est libre de choisir entre ces procédures¹³⁶⁷. Il est avéré qu'elle est portée à utiliser les plus coercitives¹³⁶⁸.

¹³⁶⁰ On voudra peut-être tirer argument d'une comparaison avec la procédure pénale: « au fur et à mesure de l'avancement du procès pénal, les garanties données à la partie poursuivie augmentent, ce qui est une manière de dire que ces garanties sont plus faibles lors des enquêtes préliminaires » (E. PUTMAN, *op. cit.*, 175). Pourtant, de cette comparaison, il n'est possible que de tirer un effet d'ambiguïté: l'« importation » de garanties fondamentales du contradictoire dans la phase d'instruction apparaît en effet comme l'un des progrès les moins contestables du principe des droits de la défense (Voir en droit français, M.-A. FRISON-ROCHE, *Les droits de la défense en matière pénale*, in *DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX*, M. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (dir.), Dalloz, Paris, 4ème éd., 1997, 390-391). Le principe doit inspirer la nouvelle réglementation de l'enquête et même le modèle européen de procès pénal (Cf. M. DELMAS-MARTY, *Vers un modèle européen de droit pénal*, in *PROCES PENAL ET DROITS DE L'HOMME. Vers une conscience européenne*, PUF, Paris, 1992, 291-301). Ne doit-on pas aller jusqu'à considérer que « la personne a surtout besoin de protection au moment où les preuves sont rassemblées » (M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, 391)?

¹³⁶¹ Comp., sur les mêmes problèmes, les réactions de la doctrine et de la jurisprudence administratives françaises, G. DELLIS, *DROIT PENAL ET DROIT ADMINISTRATIF. L'influence des principes du droit répressif sur le droit administratif*, Thèse Droit, Paris II, 1994, 233 et ss.

¹³⁶² De même, en matière de concentrations, art. 11 (demandes de renseignements) et art. 13 (pouvoirs en matière de vérification) du Règlement 4064/89; en matière d'aides, art. 5, art. 10 (demandes de renseignements) et art. 22 (contrôle sur place) du Règlement 659/99; en matière d'antidumping, art. 6 § 2 (demandes de renseignements) et art. 16 (visites de vérification) du Règlement 384/96.

¹³⁶³ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, pt 14, Rec. 3347.

¹³⁶⁴ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pt 13, Rec. 2055-2056.

¹³⁶⁵ Art. 15 du Règlement 17/62.

¹³⁶⁶ Art. 14 § 6 du Règlement 17/62. Allant éventuellement jusqu'au concours de la force publique. Mais « si cette assistance n'est exigée que dans le cas où l'entreprise manifeste son opposition, il convient d'ajouter que l'assistance peut également être demandée à titre préventif, en vue de surmonter l'opposition éventuelle de l'entreprise » (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 32, Rec. 2927-2928). La question qui se pose alors est celle de la qualification exacte de cette opposition (Conclusions de l'avocat général Mischo dans cette affaire, Rec. 2883).

¹³⁶⁷ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pts 9 et ss., Rec. 2053.

485. Quelles que soient les différences qui apparaissent dans le régime des articles 11 et 14, les textes prévoient à leur égard certaines garanties communes. Le règlement définit lui-même les éléments de publicité en prévoyant l'indication de l'objet, du but, de la date, et la sanction prévue ainsi que de la possibilité d'un recours ouvert devant la Cour de justice¹³⁶⁹. Mais rattacher cette obligation aux droits de la défense implique que « la portée de l'obligation de motivation des décisions de vérification ne peut pas être restreinte en fonction de *considérations tenant à l'efficacité de l'investigation* »¹³⁷⁰.

Cependant, une décision rédigée en termes généraux suffira, pourvu qu'elle contienne « les éléments essentiels exigés »¹³⁷¹. La restriction est en effet considérée comme « légitime eu égard à la nature et à la finalité des décisions en cause »¹³⁷². Il en a été jugé de même en matière de demande de renseignements¹³⁷³. On ne trouve pas d'affaire dans laquelle cette obligation ait été censurée par le juge.

486. La Cour a reconnu, semblablement, la légalité de vérifications effectuées sans communication préalable¹³⁷⁴. « L'objectif de l'article 14, paragraphe 2, du règlement n° 17 étant de permettre à la Commission d'effectuer des vérifications par surprise auprès d'entreprises soupçonnées d'infractions aux articles 85 et 86 du traité, la Commission doit être en mesure de prendre sa décision sans être soumise à des conditions de forme qui auraient pour effet d'en retarder l'adoption »¹³⁷⁵; le but de ces opérations justifie une atténuation du formalisme.

487. Dans ces procédures, le respect du principe de proportionnalité est exigé. En matière de renseignements, « seule peut être requise par la Commission la communication de renseignements susceptibles de lui permettre de vérifier les présomptions d'infractions qui justifient la conduite de l'enquête et sont indiquées dans la demande de renseignements »¹³⁷⁶. En matière de vérifications, la Commission ne doit pas agir de façon « disproportionnée par rapport au but poursuivi »¹³⁷⁷, et recueillir les seuls « éléments d'information nécessaires à la

¹³⁶⁸ B. BEAUCHESNE, *op. cit.*, 62; C.S. KERSE, *E.C. ANTITRUST PROCEDURE*, Sweet & Maxwell, London, 2nd ed., 1994, § 3.41.

¹³⁶⁹ Cf. art. 11 § 3 et art. 14 § 2 du Règlement 14/62.

¹³⁷⁰ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 41, Rec. 2929-2930 (nous soulignons). La Cour déclare: « Cette obligation constitue une exigence fondamentale en vue non seulement de faire apparaître le caractère justifié de l'intervention envisagée à l'intérieur des entreprises concernées, mais aussi de mettre celles-ci en mesure de saisir la portée de leur devoir de collaboration tout en préservant en même temps leurs droits de défense » (pt 29, Rec. 2927).

¹³⁷¹ *Ibid.*, pt 42, Rec. 2930.

¹³⁷² Conclusions de l'avocat général Mischo, § 170, [1989] Rec. 2904.

¹³⁷³ TPICE, 8 mars 1995, *Société générale/Commission*, T-34/93, pt 40, II-560-561; pts 62 et 63, II-566-567.

¹³⁷⁴ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pt 20, Rec. 2057.

¹³⁷⁵ CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 5/85, pt 24, Rec. 2614.

¹³⁷⁶ TPICE, 12 décembre 1991, *SEP/Commission*, T-39/90, pt 25, II-1510; TPICE, 8 mars 1995, *Société générale/Commission*, T-34/93, pt 40, II-561.

¹³⁷⁷ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pt 30, Rec. 2060.

vérification »¹³⁷⁸. Limite toutefois relative, car l'appréciation du caractère « nécessaire » de ces éléments est à l'entière discrétion de la Commission¹³⁷⁹.

§ II. LE RESPECT DES GARANTIES MINIMALES DE LA DEFENSE

488. A partir du point où le dogme de la séparation entre deux phases de la procédure risquait d'occulter des garanties *fondamentales* de l'individu au sein de la procédure, la Cour sut rompre le fil de sa jurisprudence précédente¹³⁸⁰. Elle le fit d'abord timidement dans le domaine de la protection de la correspondance, puis de manière plus affirmée dans le domaine de la recherche des preuves. Elle contribua ainsi à affirmer les droits procéduraux de l'enquête. Par commodité, on les rangera sous deux grands principes: le respect de la vie privée (A), la loyauté dans la recherche des preuves (B).

A. Le respect de la vie privée

489. A cette exigence se rattachent des garanties de confidentialité et d'inviolabilité du domicile.

1. La protection de la correspondance

490. C'est le résultat de l'affaire *AM & S*. Cette affaire éclaire une part du comportement général de la Commission dans la procédure.

a) La nature de la protection

491. Dans cette affaire, la Commission ne conteste pas l'existence et la nécessité d'une telle règle. Mais elle refuse que cette règle puisse être élevée au rang d'un principe. D'après elle, la question « ne serait pas à résoudre sur la base de principes généraux, mais en fonction des circonstances »¹³⁸¹. Au contraire, la Cour reconnaît l'existence d'un principe de protection de la confidentialité des communications entre l'avocat et son client en droit communautaire¹³⁸². Ce principe veut que « tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis

¹³⁷⁸ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 27, Rec. 2926.

¹³⁷⁹ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, pt 15, Rec. 3347-3348. Il est vrai que, hors du marché commun, les limites de l'investigation peuvent être plus rigoureuses (sur la question controversée de l'extraterritorialité de l'enquête en matière de concurrence, C.S. KERSE, *op. cit.*, § 3.12).

¹³⁸⁰ La notion de droit fondamental apparaît clairement dans l'arrêt *Hoescht* (voy. *supra*, § 225); mais elle apparaît aussi déjà dans l'affaire *AM & S* à travers l'argumentation de l'une des intervenante, la Commission des Barreaux de la Communauté.

¹³⁸¹ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, aff. 155/79, Préambule de l'arrêt, Rec. 1584.

¹³⁸² En l'espèce était invoqué le principe du « *legal privilege* » existant en droit anglais: c'est la Cour qui traduit ainsi.

juridiques, à tous ceux qui en ont besoin »¹³⁸³. Il ne faut pas en conclure, cependant, que ce principe est absolu. La Cour rappelle son attachement « au respect des articles 85 et 86 [81 et 82], la nécessité d'obtenir tout renseignement sur ce qui a été fait pas les personnes concernées, et les difficultés à obtenir des preuves pour établir la vérité »¹³⁸⁴. Il n'est pas question de dénier à la Commission le « large pouvoir d'investigation et de vérification » dont elle dispose pour se faire présenter, voire d'exiger, tous les documents professionnels qu'elle juge nécessaire¹³⁸⁵. Le caractère relatif de ce droit résulte précisément de son lien avec les droits de la défense.

492. Ici réside la subtilité du raisonnement la Cour. En intégrant la règle de confidentialité dans les droits de la défense, elle ne lui offre pas seulement un fondement légal¹³⁸⁶, mais elle la circonscrit. C'est ainsi que la correspondance protégée doit « être échangée dans le cadre et aux fins de la défense du client ». La protection couvre uniquement la correspondance « échangée après l'ouverture de la procédure administrative » et doit « pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure, ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure »¹³⁸⁷. D'autre part, la confidentialité se limite à la correspondance émanant « d'avocats indépendants, c'est-à-dire non liés au client par un rapport d'emploi ». La Cour prend soin de préciser que cette exigence « procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin ». Ces deux restrictions ont été critiquées¹³⁸⁸. Lier la règle de confidentialité avec une conception judiciaire des droits de la défense entraîne d'innombrables difficultés pratiques¹³⁸⁹. Et elle semble contredire le postulat sur lequel s'est édifiée la construction jurisprudentielle: celui de la nature non juridictionnelle des procédures de concurrence.

¹³⁸³ Ibid., pt 18, Rec. 1610. Selon le Tribunal, il s'agit d'un « principe essentiel » de l'ordre juridique communautaire (TPICE (Ordonnance), 4 avril 1990, *Hilti/Commission*, T-30/89, pt 11, II-168).

¹³⁸⁴ Tels sont les termes de l'avocat général Slynn, [1982] Rec. 1660.

¹³⁸⁵ Ibid., pts 15 à 17, Rec. 1609-1610.

¹³⁸⁶ Car, dès lors, « le règlement n° 17/62 doit être interprété comme protégeant lui aussi la confidentialité entre avocats et clients » (Ibid., pt 22, Rec. 1611).

¹³⁸⁷ Ibid., pt 23, Rec. 1611.

¹³⁸⁸ A l'égard de la seconde condition, la Cour invoquait la directive 77/949 tendant à faciliter l'exercice de la libre prestation des services par les avocats. Notons que la nouvelle Directive d'établissement 98/5/CE n'est pas de nature à modifier cette règle, dans la mesure où elle reconnaît que chaque Etat membre peut exclure l'exercice d'avocats salariés (JOCE 1998, L 77/36, art. 8).

¹³⁸⁹ Difficultés d'abord relevées par l'avocat général Slynn, Rec. 1655. Elles ont suscité l'intérêt de certains parlementaires européens: v. la question écrite de M.A. TYRELL à la Commission (JOCE 1982, C 271/15). Les critiques ont provoqué une déclaration de la Commission, refusant d'envisager une modification du Règlement 17 (Commission des CE, *Protection de documents à caractère juridique dans le cadre de l'application des règles de concurrence*, Bulletin des Communauté européennes, 1983, n° 6, 45-46). D'autre part, cette question a suscité une littérature abondante, en raison des difficultés pratiques qu'elles pose: on consultera avec profit J. FULL, *Legal Professional Privilege (AM & S): The Commission Proposes International Negotiations*, ELR, 1985, 119-124; T. CHRISTOFOROU, *Protection of legal privilege in EEC competition law: the imperfections of a case*, LIEI, 1985/2, 1-45; A. KOHL, *Les notes internes du juriste d'entreprise peuvent-elles bénéficier de la confidentialité accordée aux membres du barreau*, CDE, 1989, 179-223 (étude de droit comparé et de droit de la preuve). Notons enfin que le Tribunal a étendu la confidentialité aux documents internes de l'entreprise qui reproduisent ou résument cette correspondance (TPICE (Ordonnance), 4 avril 1990, *Hilti/Commission*, T-30/89, pt 13 à 18, II-168-169). En dernier lieu, à la suite du Livre blanc relatif à la modernisation des règles de concurrence, C. EMERY, *L'extension du legal privilege aux juristes d'administration*, Dalloz, 2000, n° 7, 116-118.

b) La mise en œuvre de la protection

493. Qui doit décider du caractère confidentiel d'un document en cas de litige? Voilà une question d'une large portée théorique et pratique. D'après la Commission, la seule façon satisfaisante de déterminer si un document est de nature à être protégé est de permettre à l'inspecteur de la Commission effectuant la vérification de le consulter. D'après l'avocat général Warner, ce rôle devrait être confié aux juridictions nationales, celles-ci ayant la possibilité, en cas de doute, de saisir la Cour de justice par une question préjudicielle¹³⁹⁰. D'après l'Association des Barreaux de la Communauté européenne, intervenante dans cette procédure, un expert devrait être désigné¹³⁹¹. D'après l'avocat général Slynn, c'est la Cour seule qui est compétente¹³⁹². La Cour retiendra cette dernière solution, estimant que la solution de litiges qui touchent à un domaine aussi essentiel que celui du respect des règles de concurrence « ne peut être recherchée qu'au niveau communautaire »¹³⁹³. Aussi, lors de la vérification, il incombe à l'entreprise concernée de « fournir aux agents mandatés de la Commission, sans pour autant devoir leur dévoiler le contenu de la correspondance en question, les éléments utiles » de nature à justifier une telle protection¹³⁹⁴. Si la Commission conteste cette appréciation, il lui appartient d'ordonner la production de la correspondance et, si besoin est, d'infliger à l'entreprise une amende ou une astreinte. L'entreprise est alors fondée à intenter un recours direct contre cette décision. Ce recours n'est pas suspensif, sous réserve de l'octroi d'un sursis à exécution¹³⁹⁵. Par là, le juge essaie de réconcilier l'efficacité de l'action administrative et les intérêts de l'entreprise concernée¹³⁹⁶.

c) Le paternalisme de l'Administration

494. Remarquable est le raisonnement de la Commission dans cette affaire. Il procède d'un « paternalisme » typique de l'autorité administrative en matière procédurale. Elle estime nécessaire d'assurer l'équité de la procédure, alors même que « la législation communautaire ne prévoit aucune protection pour les documents de caractère juridique »¹³⁹⁷. Cette règle est en effet indispensable pour l'entretien de relations de confiance mutuelle¹³⁹⁸. Mais l'octroi de garanties ne

¹³⁹⁰ Ibid., Rec. 1640.

¹³⁹¹ Ibid., Préambule de l'arrêt, Rec. 1602.

¹³⁹² Ibid., Rec. 1663.

¹³⁹³ Ibid., pt 30, Rec. 1613. Cette solution appelle une plus grande attention au respect de la confidentialité assuré par le juge.

¹³⁹⁴ L. ORTIZ BLANCO, membre de la Commission, indique les techniques utilisables: « *Undertakings may, for example, disclose certain passages of the document concerned, produce other documents which refer to that document, make a formal statement as to its subject-matter (lawyer-client relationship), give a written description of its general content, and so on* » (EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION PROCEDURE, Clarendon Press, Oxford, 1996, 135).

¹³⁹⁵ Art. 243 CE.

¹³⁹⁶ Ibid., pts 29 à 31, Rec. 1613-1614.

¹³⁹⁷ Voir la réponse de la Commission à une question écrite de M. Cousté, membre du Parlement européen, 22 juin 1978, JOCE 1978, C 63/78.

¹³⁹⁸ Sans elle, en effet, aucune relation de ce type n'est possible. De manière générale, elle confère dignité et liberté et intimité nécessaires à l'action. En ce sens, ce n'est pas seulement un droit négatif de défense; c'est un

peut se ramener qu'aux « concessions » que la Commission voudra bien faire¹³⁹⁹. Maîtresse de la procédure, il lui appartient d'assurer elle-même le respect du principe de « bonne administration ». Elle veut voir accès à ces documents, assurant qu'elle ne les utilisera pas comme moyens de preuve¹⁴⁰⁰.

495. Tout le travail des deux avocats généraux désignés dans cette affaire a consisté à démontrer que la Commission se méprend complètement sur l'enjeu de ces questions. D'abord sur la nature de cette règle: « cette règle est *plus large et plus logique* que la règle limitée proposée par la Commission. Il s'agit d'une règle générale du droit communautaire, à déduire d'un examen du principe général qui est appliqué, fût-ce d'une manière différente, dans les Etats membres. Elle ne dépend pas d'une concession administrative (...) dont, en théorie en tout cas, on pourrait dire un jour qu'elle est abrogée pour l'avenir »¹⁴⁰¹. Ensuite sur la procédure d'application: « Le défaut fondamental qui affecte la procédure défendue par la Commission, ou peut-être plutôt le raisonnement qui en est à la base, nous semble être qu'il se méprend sur le fondement réel du principe de protection du caractère confidentiel des communications entre un avocat et son client; en deux mots, celui-ci est que, dans une société civilisée, une personne a le droit de penser que les relations qu'elle entretient avec son avocat sont à l'abri de toute divulgation. Il s'ensuit que ce principe est enfreint dès que la teneur d'une telle communication est *divulguée* et non seulement lorsqu'elle est *utilisée* comme preuve »¹⁴⁰². Dès lors, « il ne s'agit aucunement d'une réflexion sur la *bonne foi* ou les *bonnes intentions de l'inspecteur*. Elle tient simplement à la difficulté de savoir si celui-ci a été influencé inconsciemment par ce qu'il a lu et par ce que, par hypothèse, il n'aurait pas dû voir »¹⁴⁰³. C'est pourquoi il ne suffit pas de ne pas de donner l'engagement de ne pas *l'utiliser*, il faut encore être sûr que la Commission ne peut être amenée à le *voir*.

Constater que l'administration est capable de bien se conduire est un fait notable; mais ce fait n'a aucune valeur *juridique*. La protection procédurale est d'une autre sorte: elle suppose une certaine *objectivité* et une certaine *autonomie*. C'est en cela qu'elle est juridique¹⁴⁰⁴.

2. La protection des informations confidentielles

496. D'une manière plus générale est protégée la confidentialité des documents et des informations recueillis au cours de l'enquête. Cette protection inclut deux règles. En premier lieu, l'article 20 § 1 du Règlement 17 dispose que « les informations recueillies en application des articles 11, 12, 13 et 14 ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été

droit positif orienté vers *l'action* (Cf. C. FRIED, *Privacy*, The Yale Law Journal, Vol. 77, 1968, 475-493). En matière communautaire, cette confiance ne vise pas seulement la protection de la sphère privée de l'individu, elle est aussi destinée à favoriser la collaboration des entreprises et l'obtention d'informations (en ce sens, ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 161).

¹³⁹⁹ Conclusions de l'avocat général Warner, [1982] Rec. 1637.

¹⁴⁰⁰ Ibid., Préambule de l'arrêt, Rec. 1585.

¹⁴⁰¹ Conclusions de l'avocat général Slynn, [1982] Rec. 1660-1661 (nous soulignons).

¹⁴⁰² Conclusions de l'avocat général Warner, [1982] Rec. 1638-1639 (nous soulignons).

¹⁴⁰³ Conclusions de l'avocat général Slynn, [1982] Rec. 1662 (nous soulignons).

demandées ». Cette restriction concerne l'*utilisation* de l'information. En second lieu, l'article 20 § 2 dispose que « la Commission et les autorités compétentes des États membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel ». C'est là une application de l'article 288 du traité: la restriction porte non plus sur l'utilisation, mais sur la *divulcation* de l'information¹⁴⁰⁵.

a) L'utilisation de l'information

497. La première règle peut être vue comme une conséquence du principe de loyauté dans la recherche des preuves. L'idée générale est que *seuls peuvent être utilisés des éléments de preuve régulièrement obtenus, dans le cadre de la procédure engagée, susceptibles d'être ensuite versés au débat et soumis à la contradiction des parties*¹⁴⁰⁶. Dans l'affaire *Dow Benelux/Commission*, la requérante invoquait une absence de preuve raisonnable quant au bien-fondé de la vérification. Ce moyen reposait en l'espèce sur le fait que la Commission avait pris sa décision sur la base d'informations obtenues au cours de vérifications antérieures concernant d'autres entreprises. Le jugement de la Cour est remarquable en ce qu'il relie explicitement la protection du secret aux droits de la défense¹⁴⁰⁷. Cette protection rencontre cependant une limite:

« En revanche, on ne saurait en conclure qu'il serait interdit à la Commission d'ouvrir une procédure d'enquête afin de vérifier l'exactitude ou de compléter des informations dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieure au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles de concurrence du traité. En effet, une telle interdiction irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver le secret professionnel et les droits de la défense, et constituerait donc une entrave injustifiée à l'accomplissement, par la Commission, de la mission de veiller au respect des règles de concurrence dans le marché commun et de déceler les infractions aux articles 85 et 86 du traité. »¹⁴⁰⁸

La priorité des objectifs communautaires est affirmée: les droits procéduraux doivent, là encore, être adaptés. La règle a été confirmée et précisée par le Tribunal¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁴ En ce sens, A. SUPLOT, *CRITIQUE DU DROIT DU TRAVAIL*, PUF, Paris, 1994.

¹⁴⁰⁵ Cette distinction n'est pas toujours aisée en pratique: l'article 20 § 2 imposera ainsi une certaine restriction sur l'utilisation de l'information par la Commission, lorsque celle-ci aura pour conséquence de délivrer une information à une partie qui ne jouit d'aucun titre pour en disposer (en ce sens, KERSE, *op. cit.*, § 3.45). Voir également C. LAVOIE, *The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules*, ELR, 1992, 20-40.

¹⁴⁰⁶ Pour une formulation voisine dans le cadre de la procédure judiciaire, H. MOTULSKY, *DROIT PROCESSUEL*, Montchrestien, Paris, 1973, 160.

¹⁴⁰⁷ « Cette exigence vise à préserver, outre le secret professionnel, expressément mentionné à l'article 20, les droits de la défense des entreprises que l'article 14, paragraphe 3, a pour l'objet de garantir (...). Ces droits seraient, en effet, gravement compromis si la Commission pouvait invoquer à l'égard des entreprises des preuves qui, obtenues au cours d'une vérification, seraient étrangères à l'objet et au but de celle-ci. » (CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux/Commission*, aff. 85/87, pt 18, Rec. 3154).

¹⁴⁰⁸ Ibid., pt 19, Rec. 3155.

¹⁴⁰⁹ TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, II-931, pts 472 et ss.. La Commission est fondée à utiliser des documents obtenus dans une autre affaire, pourvu qu'elle ait obtenu ces documents sur le fondement de nouveaux

b) La divulgation de l'information

498. La seconde règle peut être considérée comme une conséquence d'un principe de confiance devant régir les relations entre la Commission et les entreprises visées par ses décisions. Que cette confiance soit trahie, soit positivement — par une divulgation malveillante —, soit même négativement — par un silence ou un comportement compromettant —, la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pourra être engagée. C'est la célèbre affaire *Adams* qui illustre le mieux ce cas de figure¹⁴¹⁰.

3. L'inviolabilité du domicile

499. De l'arrêt *AM & S*, la Cour a reçu sa conception des droits de la défense protégés au cours de l'enquête, consacrée dans l'arrêt *Hoechst*. Il y a, entre ces deux affaires, solution de continuité : « si certains droits de la défense ne concernent que les procédures contradictoires qui font suite à une communication de griefs, d'autres droits, par exemple celui d'avoir une assistance juridique et celui de préserver la confidentialité de la correspondance entre avocat et client (reconnu par la Cour dans l'arrêt du 18 mai 1982, *AM & S*, 155/79, Rec. p. 1575) doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable »¹⁴¹¹. Ici, cependant, la formulation a changé : la Cour se place, désormais, au point de vue de la protection des droits fondamentaux¹⁴¹². Doit-on revoir pour cela l'équilibre entre les pouvoirs de la Commission et la position des particuliers ? La logique des droits de l'homme va-t-elle l'emporter ? Certes, il convient de reconnaître à la CEDH « une signification particulière »¹⁴¹³. Mais on ne saurait renoncer à la spécificité du droit communautaire.

500. Que la perquisition de locaux soit soumise, « dans les domaines économique, fiscal et social »¹⁴¹⁴, à certaines exigences minimales, cela résulte de l'application d'un principe général de droit communautaire : le principe de la protection de l'individu face à des interventions de la puissance publique dans sa sphère privée d'activité, qui seraient arbitraires ou disproportionnées.

mandats. A défaut, il y aurait un « risque de détournement » (L. IDOT, *comm.*, Europe, 1999, n° 219). En effet, « les entreprises seraient incitées, lors d'une vérification dans une première affaire, à donner tous les documents permettant d'établir une autre infraction et se prémunir ainsi de toute poursuite à cet égard » (pt 477, II-1069).

¹⁴¹⁰ Dans cette affaire, la Cour déclare que l'obligation de secret est « un principe général qui s'applique aussi bien à des informations fournies par des personnes physiques, si ces informations sont "par nature" confidentielles. Tel est surtout le cas des informations fournies à titre purement volontaire, mais assorties d'une demande de confidentialité en vue de protéger l'anonymat de l'informateur : l'institution qui accepte de recevoir ces informations, est tenue de respecter une telle condition » ; la Cour accepte par suite d'engager la responsabilité de la Commission sur ce fondement (CJCE, 7 novembre 1985, *Adams/Commission*, aff. 145/83, pts 34 à 44, Rec. 3587-3590). Sur les circonstances exceptionnelles de cette affaire et son interprétation, J. BIANCARELLI, *Le principe de la protection du secret professionnel et du secret des affaires*, RSCDPC, 1986, 449-452.

¹⁴¹¹ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 16, Rec. 2924.

¹⁴¹² Pour se convaincre de ce changement dans la présentation de l'enquête, il n'est que de comparer les conclusions de l'avocat général Mischo dans cette affaire, fidèles à la jurisprudence *AM & S*, et l'arrêt de la Cour (pt 20 et précédents, Rec. 2925).

¹⁴¹³ Ibid., pt 13, Rec. 2923.

¹⁴¹⁴ Ibid., Conclusions de l'avocat général Mischo, Rec. 2893.

De ce principe il découle que les interventions administratives doivent avoir un fondement légal et être justifiées par des raisons prévues par la loi¹⁴¹⁵. Mais, selon la Cour, il ne s'ensuit pas que l'article 8 § 1 de la CEDH protégeant le respect de la vie privée puisse s'appliquer. Car on ne saurait confondre protection civile du domicile privé et protection économique des locaux professionnels: « L'objet de la protection de cet article concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux »¹⁴¹⁶. *Sûreté personnelle et sécurité des affaires* ne se confondent pas¹⁴¹⁷. Il s'ensuit, pratiquement, que les agents n'ont nul besoin de la délivrance d'un mandat de perquisition judiciaire pour effectuer une inspection, voire une fouille active, dans les locaux de l'entreprise concernée¹⁴¹⁸.

501. Pareille formulation paraîtra, pour le moins, hâtive. D'une part, elle semble en contradiction avec sa propre jurisprudence. Les conclusions de l'avocat général Warner rendues en 1980 dans l'affaire *National Panasonic/Commission* ne mentionnent-elles pas un arrêt dans lequel « cette Cour a considéré clairement que le droit au respect de la vie privée s'étendait aux locaux professionnels, qu'il s'agisse de ceux d'un individu ou d'une société »¹⁴¹⁹? D'autre part, elle est en contradiction totale avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont elle affirme à tort qu'elle ne s'est pas prononcée sur le sujet¹⁴²⁰. Six mois plus tôt, celle-ci accueillait l'application de l'article 8 de la Convention dans une affaire concernant des visites policières dans des locaux commerciaux¹⁴²¹. Trois ans plus tard, elle affirmera, en contradiction ouverte avec la jurisprudence communautaire, qu'« il paraît n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales »¹⁴²².

¹⁴¹⁵ Ibid., pt 19, Rec. 2924.

¹⁴¹⁶ Ibid., pt 18, Rec. 2924. « La requérante ayant invoqué également les exigences découlant du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile, il convient d'observer que, si la reconnaissance d'un tel droit en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'impose dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe commun aux droits des Etats membres, il n'en va pas de même en ce qui concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des Etats membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques » (pt 17, Rec. 2924).

¹⁴¹⁷ Sur ce point, J. CARBONNIER, *FLEXIBLE DROIT. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 7ème éd., 1992, 172-175.

¹⁴¹⁸ Telle est, en effet, la question posée dans cette affaire (pt 10, Rec. 2922). Voir les conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *National Panasonic/Commission* (aff. 136/79), qui rappellent que le Rapport Deringer suggérait déjà la délivrance d'un mandat, sur le fondement de la Loi fondamentale allemande ([1980] Rec. 2068); v. aussi B. BEAUCHESNE, *op. cit.*, 91.

¹⁴¹⁹ Conclusions de l'avocat général Warner, [1980] Rec. 2068. La jurisprudence en question est un arrêt de la Cour du 14 avril 1960, *Acciaieria di Brescia/Haute Autorité*, aff. 31/59, Rec. 172-173, qui présente le cas d'une entreprise soumise à une inspection de la Haute Autorité en vertu de l'article 47 du traité CECA.

¹⁴²⁰ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoehst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 18, Rec. 2924.

¹⁴²¹ Cour européenne des droits de l'homme, 30 mars 1989, *Chappell*, Série A, Vol. 152. En ce sens, A. CLAPHAM, *HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COMMUNITY: A CRITICAL OVERVIEW*, Nomos, Baden-Baden, 1991, 59.

¹⁴²² Cour européenne des droits de l'homme, 16 décembre 1992, *Niemietz/Allemagne*, Série A, Vol. 251-B, § 29, 33. Dans cette espèce, la Cour examinait des poursuites pénales pour insultes ayant entraîné une visite au sein du lieu de travail de la personne visée. Il est vrai que l'affaire concernait d'abord, comme dans l'affaire *Chappell*, une personne physique: seule sa relation avec son environnement était en cause. Mais le point important est que la Cour, citant l'arrêt *Hoehst*, croit utile de déclarer de manière générale que « interpréter les mots "vie privée" et "domicile" comme incluant certains locaux ou activités professionnelles ou commerciaux répondrait à l'objet

502. Mais là n'est peut-être pas le point essentiel. La distinction entre protection des personnes physiques et protection des entreprises est, à coup sûr, infondée. La Cour reconnaît déjà, au profit des personnes morales, le bénéfice des droits de la défense, dont l'essence et l'origine procèdent de la même philosophie libérale et individualiste¹⁴²³. Ce que révèle la Cour dans cet arrêt, ce n'est donc pas tant que les personnes morales doivent être exclues de la protection du droit à la vie privée, c'est bien plutôt que la protection dont il s'agit ne peut en aucun cas être une protection abstraite. Elle doit pouvoir être située dans le contexte de la politique communautaire et conciliée avec les objectifs du respect des règles de concurrence¹⁴²⁴. En ce sens, seulement, *la mesure exacte du degré de protection conféré par de tels droits dépend de leur contexte d'application et de leurs destinataires*. La protection est ici en grande partie déterminée par la bonne volonté des entreprises à collaborer¹⁴²⁵.

503. Tel est, au demeurant, l'esprit général de la jurisprudence. Que la procédure d'enquête tombe sous le coup de l'article 8 CEDH ne sera pas décisif, pourvu qu'elle obéisse aux conditions dérogatoires posées au paragraphe 2 de ce même article, soit que « cette ingérence est *prévue par la loi* et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est *nécessaire* à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au *bien-être économique du pays*, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection des droits et libertés d'autrui ». Ainsi, d'ailleurs, se développait la démonstration de la Cour dans l'arrêt *National Panasonic/Commission*¹⁴²⁶. Bien que la Cour, dans cette affaire, visait l'absence de communication précédant la vérification, semblable raisonnement s'applique à l'affaire *Hoechst*¹⁴²⁷. Dans l'affaire du « PVC », le Tribunal a confirmé cette interprétation¹⁴²⁸.

et au but essentiels de l'article 8: prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics » (§ 31, 34).

¹⁴²³ La philosophie européenne en la matière est bien résumée par cette formule de F. RIGAUX: « Tel est bien l'objet spécifique de la liberté de la vie privée : c'est la personne humaine dans sa singularité » (*LA VIE PRIVEE, UNE LIBERTE PARMI LES AUTRES?*, Larcier, Bruxelles, 1992, 9). De même, selon P. ROSANVALLON, il serait opportun d'admettre une distinction entre « transparence individuelle » et « transparence sociale » (*Etat-providence et citoyenneté sociale*, EUI, Jean Monnet Chair Paper, n° 37, Florence, 1996). Voy. cependant aux Etats-Unis par ex. Supreme Court of US, *Church of Scientology of California*, November 16, 1992.

¹⁴²⁴ Voir, de manière générale, *supra*, §§ 271 et ss.

¹⁴²⁵ Toutes les conclusions de Mischo sont fondées sur ce fait fondamental. En cas de refus de l'entreprise, elle demande assistance aux agents de l'Etat membre. Il s'agit d'une « exécution forcée », « c'est l'opposition de l'entreprise qui transforme la vérification en une procédure du type perquisition ». Dans ce cas, le droit fondamental à l'inviolabilité du domicile sera assuré « automatiquement » « dans toute l'étendue prévue par le droit national ». Il souligne ainsi que le règlement impose un « devoir de coopération aux entreprises ». « Il importe dès lors qu'une ligne très nette puisse être tracée entre la situation où une entreprise collabore et celle où elle n'y collabore pas » (voir pt 32 de l'arrêt, Rec. 2927; dans le même sens, TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, pt 421, II-1056).

¹⁴²⁶ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pts 19 et 20, Rec. 2057; v. aussi CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 5/85, pt 27, Rec. 2613.

¹⁴²⁷ La preuve en est que sur tous les points concernant l'information, la portée et la motivation des vérifications, l'arrêt *Hoechst* reste fidèle à la jurisprudence *National Panasonic*.

¹⁴²⁸ Ainsi, « le Tribunal ne perçoit pas de raisons de s'écarter de la jurisprudence de la Cour (...) La circonstance que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH aux personnes morales aurait évolué depuis le prononcé des arrêts *Hoechst/Commission*, *Dow Benelux/Commission* et *Dow Chemical Ibérica e.a./Commission*, précités, n'a, dès lors, pas d'incidence directe

B. La loyauté dans la recherche des preuves

504. Que la Cour reconnaisse à la Commission une maîtrise totale sur la recherche des preuves, c'est une conséquence du caractère inquisitorial de toute cette procédure. Elle dispose de la faculté de rechercher tous les éléments de preuves qu'elle juge nécessaire¹⁴²⁹, par tous les moyens qu'elle juge utile¹⁴³⁰. On parlera d'un véritable « droit de recherche » reconnu à la Commission¹⁴³¹. Mais ce droit a des limites, justifiées par un principe fondamental de procédure: *il est requis de se procurer des preuves par des moyens non seulement légaux mais loyaux*.

1. L'assistance juridique

505. Dans la phase d'instruction, il paraît nécessaire de faire une place au droit à l'assistance juridique. Ce droit implique la présence auprès de l'entreprise objet de l'enquête d'un avocat de son choix. Ce droit a été reconnu comme faisant partie des droits de la défense garantis dès le stade de l'enquête préalable, de manière incidente, dans l'arrêt *Hoechst/Commission*¹⁴³².

506. En résulte-t-il que l'entreprise visée est en droit de retarder l'enquête? Rien n'est plus douteux. Dans l'affaire *National Panasonic/Commission*, la requérante invoquait la possibilité d'attendre l'arrivée de son conseil avant de commencer la vérification. A l'appui de son recours, elle invoquait un droit fondamental : celui de « se préparer à la vérification ». L'avocat général Warner refusa de faire droit à cet argument, au motif « qu'aucun texte de référence d'aucune sorte n'a été cité à l'appui de l'existence d'un quelconque droit de cette nature »¹⁴³³. Dans son arrêt, la Cour refusa de statuer expressément sur ce droit, jugeant la décision exempte de toute atteinte aux droits fondamentaux invoqués¹⁴³⁴.

507. La Commission assure pourtant que « ces agents doivent aussi accorder un délai raisonnable à l'entreprise faisant l'objet de la vérification pour qu'elle puisse se faire assister d'un

sur le bien-fondé des solutions retenues dans ces arrêts » (TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, pts 419-420, II-1056).

¹⁴²⁹ Art. 11 et 14 du Règlement 17/62. Il n'est donc pas nécessaire que les éléments de la recherche soient préalablement identifiés de façon précise (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 27, Rec. 2926); il ne peut lui être opposé une préselection effectuée par l'entreprise (CJCE, 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, aff. 155/79, pt 17, Rec. 1610).

¹⁴³⁰ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pt 29, Rec. 2060: le choix par la Commission d'une mesure d'instruction plutôt que d'une autre « ne dépend pas des circonstances invoquées par la requérante mais des nécessités d'une instruction adéquate, eu égard aux particularités de l'espèce ».

¹⁴³¹ J. JOSHUA, *The Investigative Powers of the EEC Commission in Competition Cases*, Gaz. Pal., 1991, 266.

¹⁴³² Dans cette affaire, la Cour tira argument la consécration de droits tels que « par exemple celui d'avoir une assistance juridique et celui de préserver la confidentialité de la correspondance entre avocat et client » (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 16, Rec. 2924).

¹⁴³³ Conclusions de l'avocat général Warner, [1980] Rec. 2069.

¹⁴³⁴ CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pts 19 et 20, Rec. 2057.

conseiller juridique interne ou d'un avocat de son choix pendant la durée de la vérification »¹⁴³⁵. Cette règle, cependant, relève de sa seule appréciation¹⁴³⁶.

2. Le droit au silence

508. Existe-t-il, en droit économique communautaire, un droit de ne pas prouver et témoigner contre soi-même? Ce droit est mieux connu sous son expression latine, « *nemo tenetur edere contra se* », ou, selon la formule, « le droit au silence »¹⁴³⁷. Le Règlement 17/62 est muet sur ce point. Bien plus: les mécanismes de contraintes prévus « ne paraissent pas intellectuellement conciliables avec l'idée d'un droit au silence »¹⁴³⁸. Lors de l'enquête, la position des entreprises doit en effet être rapportée à l'obligation de fournir tous les renseignements et de se soumettre à toutes les vérifications nécessaires, sous peine de sanctions¹⁴³⁹. Le principe est celui de la collaboration active des entreprises¹⁴⁴⁰. Il a pour corollaire de larges pouvoirs discrétionnaires reconnus à la Commission au cours de cette première phase¹⁴⁴¹. Doit-on en conclure que l'entreprise soumise à l'enquête ne bénéficie pas du droit au silence tant qu'elle « n'est pas encore formellement "accusée" »¹⁴⁴²?

509. Avant de répondre à cette question, rappelons que « le silence [du règlement] sur le droit au silence est volontaire »¹⁴⁴³. Le Rapport Deringer proposait, dès avant l'adoption du Règlement 17, d'inclure le droit au silence dans la réglementation communautaire au titre des « principes généraux en vigueur dans un Etat fondé sur la légalité »¹⁴⁴⁴. Il ne fut pas suivi par le Conseil. La

¹⁴³⁵ Réponse à une question écrite de M. Y. Verwaerde, JOCE 1992, C 168/45-46.

¹⁴³⁶ Des indications sont toutefois données dans une note explicative de la Commission sur ses pouvoirs d'enquête au cours de la procédure en matière de concurrence (à ce propos, l'analyse de C.S. KERSE, *op. cit.*, § 3.41).

¹⁴³⁷ Rappelons que ce droit trouve son champ d'application originaire et privilégié dans la procédure pénale devant les juridictions de *Common Law*. On s'est interrogé sur son introduction dans la procédure pénale française (A.J. BULLIER & F.-J. PANSIER, *De la religion de l'aveu au droit au silence ou Faut-il introduire en France le droit au silence des pays de common law?*, Gaz. Pal., 8 février 1997, 208-211).

¹⁴³⁸ Telle est l'opinion de l'avocat général Darmon dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Orkem/Commission* (aff. 374/87), § 88, [1989] Rec. 3325.

¹⁴³⁹ Art. 15 et 16 du Règlement 17/62.

¹⁴⁴⁰ Cf. CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pt 13, Rec. 2055; CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pts 30 à 32, Rec. 2927. La réalité de ce principe est attestée par la Communication de la Commission concernant l'exemption ou la réduction du montant des amendes en cas de coopération avec la Commission au cours de son enquête, publiée le 18 juillet 1996 (JOCE 1996, C 207/4). Cette véritable « Communication sur la mansuétude » révèle une pratique constante de la Commission.

¹⁴⁴¹ En ce sens, W.P.J. WILS, *The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis*, ELR, 1997, 125-140. L'expression est utilisée par F.P. LOUIS, *La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?*, CDE, 1998, 75.

¹⁴⁴² Conclusions de l'avocat général Darmon, § 148, [1989] Rec. 3340. On sait en effet que l'entreprise ne saurait être dans l'obligation de fournir des informations ni de coopérer lors de la procédure contradictoire (TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti/Commission*, T-30/89, pt 38, II-1464).

¹⁴⁴³ L. GOFFIN, *Le droit de ne pas s'incriminer soi-même fait-il partie du droit communautaire?*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELEBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, 1001.

¹⁴⁴⁴ Doc. PE 57, 7/9/61, 30. Nul doute, en effet, que l'interdiction de s'accuser soi-même, issue de la matière pénale, procède de la mutation opérée dans le régime de la preuve au XVIIIème grâce au développement de « la

Cour exprime le même refus: « pour préserver l'effet utile de l'article 11, la Commission est en droit d'obliger l'entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires sur des faits dont elle peut avoir connaissance, même si ceux-ci peuvent servir à établir, à son encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel »¹⁴⁴⁵. De ce fait, la Cour choisit de se ranger à l'avis de l'avocat général Warner déclarant, dans l'affaire *AM & S/Commission*, qu'« on peut comprendre que le Conseil n'ait pas désiré inclure dans ce qui est actuellement l'article 11 du règlement une disposition selon laquelle il ne serait pas possible d'enjoindre à une personne de répondre lorsque la réponse risque de l'exposer à des sanctions pénales, *puisque'un tel procédé aurait pu mettre en péril le but réel de l'article ou, pour le moins, le priver largement de ses effets* »¹⁴⁴⁶.

510. Il s'en faut, néanmoins, que l'entreprise soit dépourvue de toute protection. Ici une discrimination s'impose, qui constitue l'un des points délicats de l'affaire. *Si elle ne dispose pas du droit au silence, au moins ne peut-elle renoncer aux droits de la défense*¹⁴⁴⁷. Si la Cour ne reconnaît pas formellement le droit de ne pas témoigner contre soi-même, il découle néanmoins du principe des droits de la défense que « la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve »¹⁴⁴⁸. Il ne faut pas y voir la conséquence du *droit au procès équitable*, car celui-ci ne s'impose pas en la matière¹⁴⁴⁹. Cette protection est le produit d'un *devoir de loyauté* qui s'impose dans la recherche de la preuve en droit économique.

511. On n'a pas assez remarqué cette distinction. Pour la comprendre, il faut avoir une vue plus large du rôle respectif de la Commission et des entreprises dans la procédure. Ayant une mission à accomplir, la Commission ne doit pas contraindre l'entreprise à avouer l'infraction¹⁴⁵⁰; elle doit en chercher elle-même les preuves nécessaires. De son côté, l'entreprise n'est pas libre de rester passive; elle a un devoir de coopération: non seulement elle ne peut se taire et espérer que son silence joue en sa faveur, mais, si elle refuse de répondre, elle peut légalement y être obligée¹⁴⁵¹.

protection des droits individuels face à un pouvoir étatique suffisamment fort pour être ressenti comme une menace » (E. DESMONS, *La preuve des faits dans la philosophie moderne*, Droits n° 23, 1996, 20).

¹⁴⁴⁵ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, pt 34, Rec. 3351.

¹⁴⁴⁶ Conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *AM & S/Commission* (aff. 155/79), [1982] Rec. 1621 (nous soulignons).

¹⁴⁴⁷ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, pt 32, Rec. 3351.

¹⁴⁴⁸ Ibid., pt 35, Rec. 3351.

¹⁴⁴⁹ Ibid., pt 30, Rec. 3350.

¹⁴⁵⁰ Ibid., pt 41, Rec. 3353.

¹⁴⁵¹ Telle est la conséquence qu'en a tirée le Tribunal de première instance: « Pour ce qui est du point de savoir par quels moyens la Commission doit "tenter la première phase" de la procédure d'enquête, il y a lieu de noter que la Cour a jugé que le règlement n° 17 a doté la Commission de larges pouvoirs d'enquête et a imposé aux particuliers concernés l'obligation de collaborer activement aux mesures d'investigation, obligation qui implique qu'ils tiennent à la disposition de la Commission tous les éléments d'information relatifs à l'objet de l'enquête. Par conséquent, l'argument de la requérante selon lequel la décision attaquée n'aurait été justifiée qu'en cas d'obstruction manifeste, de sa part, à la mission de la Commission doit être rejeté. En raison de l'obligation de collaborer active imposée aux particuliers concernés au cours de la procédure d'enquête préalable, une réaction

512. Il apparaît, ainsi, que, dans cette phase, ce n'est pas le dialogue procédural qui conditionne la collaboration entre les parties, mais c'est la collaboration probatoire qui conditionne le dialogue entre les parties. Il en découle logiquement, dans l'arrêt *Scottish Football/Commission*, que dans la mesure où la requérante n'acceptait pas de collaborer de manière active, « la Commission n'était tenue ni de poursuivre une correspondance informelle, ni d'engager un dialogue oral avec la requérante »¹⁴⁵². Raisonnablement qui révèle le souci de "vérité" qui anime cette phase de la procédure. Il conduit, nécessairement, à minorer "la liberté de se défendre"¹⁴⁵³.

513. Sans doute, à cet égard, le raisonnement de la Cour entre-t-il en conflit avec la jurisprudence de la CEDH. La contradiction a éclaté avec l'arrêt *Funke* rendu par la Cour de Strasbourg en 1993. Cette affaire douanière concernait une perquisition effectuée par les douanes françaises. Une condamnation pénale avait été infligée pour refus de produire documents demandés, de manière à de contraindre la personne visée à fournir la preuve d'infractions qu'elle aurait commises. Selon le gouvernement français, le régime douanier français doit être conçu non point comme une atteinte aux droits fondamentaux, mais au contraire comme une manifestation du procès équitable, puisqu'il « épargne au contribuable une inquisition systématique dans ses affaires »; que celui-ci ait, en contrepartie, le devoir de produire les pièces demandées refléterait, selon la Commission, « la confiance de l'Etat envers tout citoyen ». Pareille interprétation serait, de plus, conforme au Pacte des Nations Unies et à la jurisprudence *Orkem* de la Cour de Luxembourg. Ainsi, la responsabilité des dommages subis « retomberait en entier sur le justiciable dès lors qu'il refuse de collaborer avec l'administration »¹⁴⁵⁴. D'après la Cour de Strasbourg, « les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination »¹⁴⁵⁵.

passive peut justifier, à elle seule, l'adoption d'une décision formelle au titre de l'article 11, paragraphe 5, du règlement n° 17 » (TPICE, 9 novembre 1994, *Scottish Football/Commission*, T-46/92, pt 31, II-1056).

¹⁴⁵² TPICE, 9 novembre 1994, *Scottish Football/Commission*, T-46/92, pt 33, II-1057.

¹⁴⁵³ Sur l'opposition entre recherche de la vérité et droits de la défense. G. DEL VECCHIO, *L'obligation juridique de la véracité dans le procès civil*, in *LA JUSTICE - LA VERITE. Essais de philosophie juridique et morale*, Dalloz, Paris, 1955, 195-206; et, surtout, D.J. GALLIGAN, *The Right to Silence Reconsidered*, Current Legal Problems, 1988, 69-92.

¹⁴⁵⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 25 février 1993, *Funke*, Série A, Vol. 256-A, §§ 42 et 43, 21.

¹⁴⁵⁵ Ibid., § 44, 22. Voir cependant l'opinion dissidente du juge Martens dans l'arrêt *Saunders/Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 décembre 1996: « l'on peut se demander si la Cour, au paragraphe 69 de son arrêt, n'a pas renversé la jurisprudence *Funke* de manière implicite et sans le dire ouvertement, et en tout cas sans avancer de motif impérieux et ne s'est pas en substance convertie à la jurisprudence plus restrictive appliquée notamment par la Cour de justice des Communautés européennes. A cet égard, il est significatif que le paragraphe 69 renvoie au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination tel qu'il s'entend "(...) dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs (...)". Ce qui importe plus est que, tandis que la première phrase du paragraphe semble amalgamer le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et celui de garder le silence, le deuxième semble indiquer que, contrairement à ce qui est dit dans l'arrêt *Funke*, ce premier droit n'englobe pas la possibilité de refus d'admettre des documents à charge ni celle d'empêcher l'utilisation de tels documents dans une procédure pénale lorsqu'ils ont été obtenus par la contrainte » (§12). Pour la Cour, cependant, ce droit n'admet aucune restriction, ainsi que le reconnaît le juge Martens lui-même (§ 11); *adde*: J.-F. FLAUSS, *Actualité de la CEDH*, AJDA, 1997, 979-980.

514. Force est de constater que ces particularités sont aussi celles du droit communautaire de la concurrence, qu'il s'agisse du droit de demander communication de documents, du devoir de collaborer ou, en cas de refus, du droit d'imposer une sanction. Par conséquent, « c'est en pleine connaissance de cause, que la Cour [de Strasbourg] a décidé le contraire: le devoir de collaboration le cède au droit au silence »¹⁴⁵⁶. Cet écart d'interprétation se traduit concrètement dans le contenu du droit consacré: en droit communautaire, « il se réduit uniquement au droit de ne pas répondre aux questions libellées de telle manière qu'y répondre constituerait un aveu formel d'infraction »¹⁴⁵⁷. On fera peut-être remarquer que les droits individuels sont suffisamment garantis par la possibilité de contester les mesures d'instruction dans le cadre d'un recours formé contre la décision finale¹⁴⁵⁸. La contradiction demeure, cependant. Elle évoque l'affaire *Hoechst*. N'est-ce pas, au demeurant, le même raisonnement qui prévaut? Le problème n'est pas de reconnaître que l'existence d'un tel principe « au profit des personnes morales et dans le domaine des infractions économiques » est douteuse¹⁴⁵⁹. Mais ce principe doit être mis en relation et harmonisé avec le souci d'assurer une certaine efficacité à l'action administrative. En droit communautaire, le droit au silence n'est pas un « droit absolu »¹⁴⁶⁰. C'est le clef de son intégration au sein du principe des droits de la défense.

515. Il était loisible de se demander si le jugement de Strasbourg n'allait pas entraîner une modification de la position de la Cour de justice. Il n'en fut rien. Les solutions communautaires procèdent d'une position bien articulée, même si elle peut être contestée. Le Tribunal a itérativement confirmé la jurisprudence de la Cour¹⁴⁶¹.

516. Conclusion. Au terme de ce développement, il est possible de contraster deux vues générales sur la procédure d'enquête. L'une considère que l'application des règles de concurrence ne doit subir aucune entrave dès lors qu'il s'agit de la première phase, la recherche des preuves. L'autre considère que les droits des entreprises doivent être particulièrement préservés au cours de la première phase, car elle détermine leur situation future. La première conçoit les droits procéduraux comme de simples *formalités juridiques, pour ne pas dire dilatoires*, qui risquent d'empêcher la bonne application des règles communautaires¹⁴⁶². La seconde conçoit les droits

¹⁴⁵⁶ L. GOFFIN, *op. cit.*, 1005.

¹⁴⁵⁷ Ibid., 1017. En droit conventionnel, le contenu de ce droit est beaucoup plus étendu et ne souffre aucune exception (voir la liste des droits et des obligations dressées par L. Goffin, *op. cit.*, 1014).

¹⁴⁵⁸ En ce sens, W.P.J. WILS, *op. cit.*, 136-138; P. GLAZENER, *The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 35-38.

¹⁴⁵⁹ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, aff. 374/87, pt 29, Rec. 3350.

¹⁴⁶⁰ « La reconnaissance d'un droit au silence absolu (...) irait en effet au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver les droits de la défense des entreprises et constituerait une entrave injustifiée à l'accomplissement, par la Commission, de la mission de veiller au respect des règles de concurrence dans le marché commun » (TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, pt 448, II-1062).

¹⁴⁶¹ TPICE, 8 mars 1995, *Société générale/Commission*, T-34/93, pt 72, II-569; TPCE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pts 731 et ss. Non seulement la position du Tribunal ne change pas, mais il cite désormais « par analogie » l'arrêt *Funke* de la Cour de Strasbourg.

¹⁴⁶² En ce sens, J. JOSHUA qui qualifie ces droits de « *legal technicalities* » (*The Investigative Powers of the EEC Commission in Competition Cases*, Gaz. Pal., 1991, 270). L'enquête étant destinée à établir les faits dont

procéduraux comme partie des *droits de la défense*, dont le respect doit être garanti absolument¹⁴⁶³. La Cour fait face à ces deux conceptions contradictoires. Elle semble avoir choisi une voie intermédiaire: aux pouvoirs étendus et efficaces reconnus à la Commission lors de cette première phase correspondent des exigences minimales de protection tirées des droits de la défense; et, surtout, les intéressés auront l'assurance d'une protection judiciaire effective¹⁴⁶⁴.

SECTION II. LES PROCEDURES INFORMELLES

517. Il est impossible de réfléchir sur les procédures économiques, sans voir bientôt que la grande majorité de ces procédures sont informelles¹⁴⁶⁵. L'idée que les litiges devraient être résolus par un accord, un arrangement entre les parties, n'est pas une idée neuve; il y a bien longtemps que l'on reproche au système juridique de ne pas offrir une place plus importante aux procédures de négociation, de médiation et de conciliation. Cette idée a connu, depuis quelques années, un regain d'intérêt, d'abord aux Etats-Unis, et aujourd'hui en Europe¹⁴⁶⁶. Leur développement en droit communautaire (I) implique une atténuation du formalisme (II).

§ I. LE DEVELOPPEMENT DES PROCEDURES INFORMELLES

518. Ayant son origine au sein des procédures juridictionnelles, l'idée a naturellement vocation à s'appliquer aux procédures administratives «quasi-juridictionnelles». Le droit économique est une branche du droit où, traditionnellement, ces procédures prennent une importance considérable¹⁴⁶⁷. Il se développe ainsi, à côté des procédures formelles de contrôle, des procédures de dialogue, de négociation et de persuasion¹⁴⁶⁸.

résulterait une infraction, ses irrégularités éventuelles ne sont pas des irrégularités de procédure susceptibles d'être sanctionnées (CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, pt 26, I-3446).

¹⁴⁶³ En ce sens, J. THIEFFRY, K. ARNOLD & P. VAN DOORN, *Les Pouvoirs d'Enquête de la Commission C.E.E. en Droit de la Concurrence*, Gaz. Pal., 1990, 309-313.

¹⁴⁶⁴ Ce souci est manifeste dans toutes les affaires examinées. « D'un autre côté, la situation n'est pas telle qu'une entreprise affectée par pareille vérification serait laissée sans possibilité de recours » (CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, aff. 136/79, pt 22, Rec. 2058; Conclusions de l'avocat général Warner, Rec. 2069). La délégation est autorisée à condition, cependant, que « les décisions prises le sont au nom de la Commission qui en assume la pleine responsabilité et peuvent faire l'objet d'un recours en annulation dans les mêmes conditions que si elles avaient été délibérées en collège » (CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 5/85, pt 36, Rec. 2615); CJCE, 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, aff. 155/79, pt 32, Rec. 1614. Même si le principe d'inviolabilité du domicile ne peut être reconnu, « les droits des entreprises sont suffisamment protégés par la possibilité qu'ont celles-ci d'attaquer devant notre Cour la validité des décisions de vérification et de demander qu'il soit sursis à leur exécution » (Conclusions de l'avocat général Mischo, § 118, [1989] Rec. 2895): tel est, d'ailleurs, l'argument de la Commission pour justifier les pouvoirs dont elle dispose (Argument de la Commission, Rec. 2922; pt 19 de l'arrêt, Rec. 2924).

¹⁴⁶⁵ Les chiffres varient selon les sources d'information. En tout état de cause, c'est plus de 90% des affaires en droit de la concurrence qui donnent lieu à des transactions informelles.

¹⁴⁶⁶ Pour une étude compréhensive aux Etats-Unis, M.E. EISENBERG, *Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking*, HLR, 1976, 637 et ss.

¹⁴⁶⁷ En ce sens, B. BEAUCHESNE, *op. cit.*, 217. Voir ainsi, en matière de pratiques anticoncurrentielles, Préambule du Règlement 99/63; voir également, en matières de contrôle des concentrations, Préambule du Règlement 447/98: « la Commission doit donner aux parties notifiantes et autres parties intéressées qui en font la demande

A. Les avantages de la procédure informelle

519. Dans le cadre judiciaire, la question a soulevé des débats infinis. D'aucuns considèrent que ce mode de règlement serait, par nature, déséquilibré, inéquitable et peu sûr¹⁴⁶⁹. Pour d'autres, au contraire, ces critiques se fondent sur une vue « pathologique » du droit riviée sur le contentieux¹⁴⁷⁰ : l'harmonie et la réconciliation seraient inscrites dans ces procédures¹⁴⁷¹. Ce débat doit beaucoup à des malentendus. D'abord il n'est pas vrai que les procédures informelles se déroulent à l'écart du droit. Il faut bien voir, comme l'écrit Y. Gaudemet, qu'« il y a, dès l'origine, des relations presque dialectiques entre le droit et le juge d'un côté, l'action administrative informelle de l'autre »¹⁴⁷². Les deux éléments, persuasion et sanction, ne sont pas dissociés. Par rapport aux actions normatives classiques, les actions informelles « les complètent, les relaient le cas échéant et leur donnent leur efficacité »¹⁴⁷³. Ainsi elles ne restent plus confinées aux actes internes de l'administration, mais elles sont « dirigées vers les administrés »¹⁴⁷⁴. D'autre part, il faut remarquer qu'« il n'y a pas de rapport nécessaire entre une "procédure informelle" et la "décision informelle". Une procédure informelle peut conduire à une décision informelle et vice versa »¹⁴⁷⁵.

520. Il faudra garder à l'esprit ces distinctions entre actes internes et actions informelles, d'une part, entre procédures et décisions informelles, d'autre part. Les procédures informelles se sont beaucoup développées ces dernières années dans la régulation économique, dans le même mouvement qui a vu surgir les pratiques d'engagement. Les avantages en sont indéniables pour les deux parties : économie de coûts, en temps, en argent, souplesse et adaptabilité accrues des procédures et des solutions. La notion d'engagement a été consacrée officiellement par le

l'occasion d'avoir avant la notification des entretiens informels et strictement confidentiels au sujet du projet de concentration ».

¹⁴⁶⁸ En droit communautaire de la concurrence, M.-A. SANSON-HERMITTE en a fourni l'étude la plus précoce et la plus approfondie. L'auteur décrit les mécanismes transactionnels, montrant comment la Commission peut choisir de laisser l'habit rouge du juge pour revêtir l'habit gris du négociateur. Et « voilà ce qu'il faut retenir : au moment de la communication des griefs, peut s'engager parallèlement un véritable dialogue, dont le but est d'amener la compréhension, la pacification et pas seulement l'information » (*DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE. Cohérence économique et sécurité juridique*, Librairies Techniques, Paris, 1981, 392).

¹⁴⁶⁹ Une vue classique et circonstanciée est celle de Owen FISS aux Etats-Unis (*Against Settlement*, YLJ, vol. 93, 1984, 1073-1090). L'auteur insiste sur l'inégalité dans la balance des pouvoirs instaurée par ces procédures, d'où il résulte un sacrifice de l'exigence de justice au nom d'une paix provisoire ; v. en ce sens également A. GARAPON, *Entre procédure et vertu, la prudence*, in *LE FOR INTERIEUR*, CURAPP, PUF, Paris, 1995, 214-225.

¹⁴⁷⁰ Selon l'expression de Jean CARBONNIER citée par M.-A. SANSON-HERMITTE, *op. cit.*, 382.

¹⁴⁷¹ Cf. R.L. ABEL, *Introduction*, in *THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE. The American Experience*, vol. I, Academic Press, New York, 1982, 1-13.

¹⁴⁷² Y. GAUDEMET, *Les actions administratives informelles*, RIDC, 1994/2, 651. L'auteur montre bien l'importance de ce nouveau champ d'étude pour la doctrine et la science administrative.

¹⁴⁷³ Ibid., 653.

¹⁴⁷⁴ Ibid., 647. L'auteur révèle l'importance de ce nouveau champ d'étude pour la doctrine et la science administrative.

¹⁴⁷⁵ R. SAINT-ESTEBEN, *Les procédures informelles dans le droit de la concurrence*, in *L'ENTREPRISE ET LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, Paris, 1995, 424. L'auteur fournit des exemples pratiques de telles procédures.

règlement sur les concentrations¹⁴⁷⁶. Mais toutes les branches du droit économique sont concernées¹⁴⁷⁷, en ce compris les procédures anti-dumping¹⁴⁷⁸. Les engagements « peuvent être définis comme les modifications proposées par les parties, ou suggérées par la Commission, qui sont indispensables pour que les mesures examinées puissent être déclarées compatibles avec le Marché commun »: les parties y trouvent l'avantage d'échapper à l'interdiction¹⁴⁷⁹.

B. Les risques de la procédure informelle

521. Il reste que ces pratiques comportent certains risques. R. Kovar notait déjà que, « soucieuse d'efficacité, la Commission a tendance à favoriser une tendance à une certaine "déformalisation" de la procédure qui n'est pas sans quelques inconvénients pour la protection des droits de la défense », appelant à une étude plus systématique sur la question¹⁴⁸⁰. Certes, tout formalisme n'est pas absent¹⁴⁸¹. La Commission s'est toujours efforcée d'assurer une certaine publicité aux affaires importantes réglées de cette manière¹⁴⁸². Mais des situations d'inégalité demeurent, à l'égard des parties et des tiers.

522. Dans ces procédures, la négociation se mélange de sanction: il n'y a de négociation que parce que l'autorité administrative détient un pouvoir de contrôle préalable et de répression¹⁴⁸³. La pratique est courante en droit communautaire¹⁴⁸⁴. L'incitation à négocier peut être double: elle résulte soit de la menace de sanction, pouvant intervenir au cours de l'une des différentes phases de la procédure, soit, dès le début de la procédure, du risque d'engager la deuxième phase de la

¹⁴⁷⁶ Art. 8 § 2 du Règlement 4064/89.

¹⁴⁷⁷ Cf. L. IDOT, *Le rôle des engagements dans les décisions des autorités de concurrence*, RCC, 1998, 6-12. Sur cette pratique officieuse en droit des pratiques anticoncurrentielles, B. BEAUCHESNE, *op. cit.*, 224-225. Sur cette pratique en droit des concentrations avant la consolidation apportée par le Règlement 1310/97, E. JUHEL, *Les engagements acceptés lors du contrôle des concentrations*, RAE, 1996, 39-46.

¹⁴⁷⁸ Cf. Art. 8 du Règlement 384/96. Pour un exemple, O. D'ORMESSON & S. KERJEAN, *Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle des concentrations*, RTDE, 1998, 512-513.

¹⁴⁷⁹ L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 143.

¹⁴⁸⁰ R. KOVAR, *Préface*, in A. PLIAKOS, *LES DROITS DE LA DEFENSE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1987, VIII; du même auteur, *Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison »*, RTDE, 1987, 237-254. L'auteur note que l'« on assiste à une déformalisation du droit processuel de la concurrence qui peut être regardée comme une conséquence regrettable d'un excès de formalisme des règles de droit substantiel de la concurrence dans la Communauté » (254).

¹⁴⁸¹ De manière générale, v. D. Waelbroeck, *New Forms of Settlement of Antitrust Cases and Procedural Safeguards: Is Regulation 17 Falling into Abeyance?*, ELR, 1986, 268-280; I. VAN BAELE, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, CMLR, 1986, 61-90.

¹⁴⁸² Dans son *Cinquième Rapport sur la politique de concurrence*, la Commission reconnaissait l'importance de ce « type d'action qui permet de régler certaines affaires avec le minimum d'intervention administrative » (11). Dans le Rapport suivant pour 1976, elle assurait communiquer au public les affaires les plus importantes réglées sur cette base.

¹⁴⁸³ Voir sur ce point en général, E. SERVERIN, P. LASCOUMES & T. LAMBERT, *TRANSACTIONS ET PRATIQUES TRANSACTIONNELLES*, Economica, Paris, 1997; G. FARJAT, *DROIT ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 1ère éd., 1971, 52. L'auteur parle de l'« incitation négative » que constitue la sanction en droit économique. Incitation informelle qui semble plus familière aux auteurs anglo-saxons (en ce sens, F. SOUTY, *LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPEENNE*, Montchrestien, Paris, 1997, 132).

¹⁴⁸⁴ Il est clair qu'« une bonne partie de la politique pratiquée par la DG IV consiste à façonner, à administrer et à créer des marchés en utilisant la dissuasion, la coercition et l'incitation » (M. CINI, *La Commission européenne: lieu d'émergence des cultures administratives. L'exemple de la DG IV et de la DG XI*, RFSP, 1996, 472).

procédure¹⁴⁸⁵. Dans de telles situations, les deux parties sont en position inégale: « la Commission détient une position de force incontestable dont certains ont pu dire qu'elle avait tendance à abuser »¹⁴⁸⁶. Mais on peut penser que cette inégalité reflète une inégalité inhérente à la procédure formelle elle-même, où prévaut l'obligation de coopérer¹⁴⁸⁷. Ce qui est plus contestable, c'est l'inégalité qui touche les parties entre elles. Or, il n'est pas douteux que « les grandes entreprises se trouvent dans une position objectivement privilégiée par rapport aux moyennes et petites entreprises qui ont moins facilement accès aux centres de décision » et aux sources d'information¹⁴⁸⁸. Du consensus et de l'accord on passera insensiblement, pour ces dernières, à la menace et au consentement soumis¹⁴⁸⁹.

523. Mais cette inégalité est surtout patente à l'égard des tiers. Il serait difficile d'admettre que les tiers plaignants et intéressés fussent exclus de toute connaissance et participation à la procédure de règlement amiable. Il est sûr qu'à cet égard la pratique de la Commission a beaucoup progressé. Ainsi, aux termes du règlement de 1998, transmet-elle aux plaignants une version non confidentielle de la communication des griefs¹⁴⁹⁰. En matière de contrôle des concentrations, il semble qu'elle estime nécessaire d'informer et de consulter les tiers¹⁴⁹¹. En revanche, en matière d'aides d'Etat, les tiers, dont notamment la société bénéficiaire, ne sont toujours pas associés aux engagements proposés par l'Etat¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁵ L. IDOT note ce point: « Dans les procédures à deux phases, le risque du passage à la phase II, avec toutes les conséquences que cela emporte quant à l'allongement de la procédure et à la diminution de la confidentialité, est une arme efficace pour inciter les parties à régler l'affaire au plus vite et à accepter éventuellement plus que ce qui avait été initialement prévu » (*A propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française*, CDE, 1999, 584).

¹⁴⁸⁶ B. BEAUCHESNE, *op. cit.*, 220; dans le même sens, M.-A. SANSON-HERMITTE, *op. cit.*, 395.

¹⁴⁸⁷ En ce sens, Conclusions de l'avocat général Verloren Van Themaat dans l'affaire *Michelin/Commission* (aff. 322/81), Rec. 3546.

¹⁴⁸⁸ Voir, dans un contexte différent, P. GORI, *La politique économique de la Communauté et des Etats membres et les droits de l'entreprise*, CDE, 1976, 479. Voir en ce sens la question écrite posée par le député britannique A. Simpson sur les « agissements des groupes de pression pour influencer sur l'issue des procédures d'instruction de type accusatoire en matière de concurrence » (JOCE 1984, C 243/20). Cette publicité demeure cependant limitée et succincte.

¹⁴⁸⁹ Les acteurs moins organisés sont, en effet, plus facilement soumis aux « coups stratégiques » de la Commission. Selon l'auteur de l'expression, « les "coups stratégiques" se définissent comme ceux qui permettent, en se contraignant soi-même au choix d'un certain mode d'action, de faire peser sur l'adversaire une contrainte qui l'amènera en retour à résoudre le problème de maximisation auquel il se trouve confronté dans un sens favorable à soi-même tout en lui interdisant de procéder de même » (T.C. SCHELLING, *STRATEGIE DU CONFLIT*, trad. de l'anglais par R. Manicacci, PUF, Paris, 1986, 198, v. 77-108). Notons que de tels procédés supposent aussi des « systèmes de valeurs » et une certaine « éthique » partagée.

¹⁴⁹⁰ Comme le relève L. IDOT, « on peut penser que dans le cadre d'une procédure informelle de négociation, les entreprises tierces seront également informées » (*op. cit.*, 585, note 73).

¹⁴⁹¹ La Merger Task Force a favorisé les contacts avec les tiers au stade des entretiens préalables informels. C'est qu'ils peuvent aider à alerter la Commission sur une opération de concentration qui ne lui aurait pas été notifiée (G. KARYDIS, *Le contrôle des concentrations entre entreprises en vertu du règlement 4064/89 et la protection des intérêts légitimes des tiers*, CDE, 1997, not. 90-93). Ces contacts sont d'autant plus nécessaires « qu'il n'existe aucun moyen de déposer une plainte à l'encontre des parties à une concentration » (J.-P. GUNTHER & A. WASCHMANN, *Contrôle communautaire des concentrations: Pouvoir de « nuisance » et voies de recours des tiers*, JCP, Ed. E, 1995, 462, § 13). Voir, également, C.J. COOK & C.S. KERSE, *E.C. MERGER CONTROL*, Sweet & Maxwell, London, 3rd ed., 2000, n° 7.4.5.; O. GUERSEN, *Le rôle des engagements dans les décisions des autorités de concurrence*, RCC, 1998, n° 106, 13-17; O. D'ORMESSON & S. KERJEAN, *op. cit.*, 492-493.

¹⁴⁹² L. IDOT, *op. cit.*, 588.

§ II. UN FORMALISME ATTENUÉ

524. De manière générale, de telles pratiques restent exposées à la critique. Un contentieux tend à se développer en ce domaine. Il faut chercher comment concilier le développement des procédures et des décisions informelles avec la garantie fondamentale du formalisme procédural consacré par le juge communautaire. On sait que « *le formalisme qui préside à l'adoption et à l'authentification des actes des institutions communautaires constitue une garantie qui touche aux fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire* »¹⁴⁹³. Mais il serait difficile de prouver que cela signifie, dans l'esprit du Tribunal, que les procédures informelles doivent être soumises à un formalisme strict. Car :

« il convient de rappeler que la procédure administrative constitue, entre autres, l'occasion, pour les entreprises concernées, d'adapter les accords ou pratiques incriminées aux règles du traité. Cette possibilité présuppose le droit des entreprises et de la Commission d'entamer des négociations confidentielles en vue de déterminer les modifications susceptibles de faire disparaître les griefs de celle-ci.

« Un tel droit serait compromis si les plaignants devaient y assister ou être constamment tenus au courant du développement de ces négociations en vue de présenter leurs observations sur les différentes propositions avancées par l'une ou l'autre partie. Les intérêts légitimes des plaignants sont pleinement sauvegardés lorsque ceux-ci sont informés du résultat de ces négociations au vu duquel la Commission envisage le classement de leurs plaintes. »¹⁴⁹⁴

Ouvrir les procédures informelles aux tiers, cela revendrait à nuire à l'efficacité du contrôle et à la confidentialité due aux entreprises qui acceptent de s'y engager. Le Tribunal a suivi la même voie¹⁴⁹⁵.

525. Quoiqu'il soit juste de relever « la substantielle "opacité" de toute la procédure pour les tiers »¹⁴⁹⁶, un souci d'efficacité protège l'informel. Ainsi en a-t-il été jugé à propos d'une pratique d'engagement dans le cadre du contrôle des concentrations¹⁴⁹⁷. Il suffit ici de savoir que la

¹⁴⁹³ TPICE, 27 février 1992, *BASF e.a./Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, pt 87, II-359.

¹⁴⁹⁴ CJCE, 17 novembre 1987, *BAT et Reynolds/Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, pts 23 et 24, Rec. 4574.

¹⁴⁹⁵ En matière de concentrations, il a été jugé que « ce serait soumettre la Commission à un formalisme excessif et retarder inutilement la procédure que de la contraindre à l'accomplissement d'une formalité de consultation » alors que les textes ne l'imposent pas (TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, pt 119, II-175).

¹⁴⁹⁶ Cette remarque s'applique à la pratique des engagements en matière de contrôle des concentrations (Conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire *France e.a./Commission* (C-68/94 et C-30/95), note 97, [1998] I-1425).

¹⁴⁹⁷ Si « les entreprises tierces, concurrentes des parties à la concentration, disposent du droit d'être entendues par la Commission (...), un tel droit devant néanmoins être concilié avec le respect des droits de la défense ainsi qu'avec le but principal du règlement, qui est d'assurer l'efficacité du contrôle et la sécurité juridique des entreprises soumises à son application ». Dès lors, « il est suffisamment garanti que les considérations exposées par les entreprises tierces concurrentes seront susceptibles, le cas échéant, d'être prises en compte par la Commission pour apprécier la régularité de l'opération de concentration au regard du droit communautaire, et déterminer, en particulier, si les engagements proposés par les entreprises concernées lui paraissent suffisants à cette fin » (TPICE, 27 novembre 1997, *Kayserberg/Commission*, T-290/94, pts 109 et pt 119, II-2184-2188).

Commission répond aux critères d'une « bonne administration ». Ainsi elle n'est pas tenue de communiquer aux tiers qualifiés les engagements formulés par les entreprises en cause¹⁴⁹⁸.

526. « Logiquement », selon L. Idot, « ces solutions devraient être étendues aux autres branches du droit communautaire de la concurrence »¹⁴⁹⁹. Et, dans ces conditions, le seul accès disponible pour les tiers au sein des procédures informelles demeure le recours juridictionnel. Comme l'obligation de motivation devient un moyen de défense privilégié pour les tiers, on peut penser que, dans ce cadre également, le contrôle juridictionnel va se développer¹⁵⁰⁰. Ne serait-il pas souhaitable cependant de développer des moyens non juridictionnels de protection¹⁵⁰¹? Il faudrait d'abord que cette obligation de motivation s'entendît tout autrement. Le juge ne devrait plus être chargé d'assurer l'essentiel de la participation des tiers; il aurait pour fonction de s'assurer que les tiers ont été suffisamment intégrés, sans préjudice des garanties d'efficacité et de confidentialité, dans le cadre de ces procédures; des règles de participation et d'accès devraient être consacrées¹⁵⁰².

SECTION III. LES PROCEDURES D'URGENCE

527. Que les procédures d'urgence soient considérées, par l'Administration communautaire, comme l'instrument juridique adéquat pour traiter le rythme de la vie économique, temps spécial, « efficace et rapide »¹⁵⁰³, on peut aisément le comprendre¹⁵⁰⁴ (I). Il est remarquable que le droit communautaire de l'urgence fut à l'origine de la transformation d'un grand nombre de législations nationales¹⁵⁰⁵. Ainsi, « parce qu'il y a un temps économique du marché, il existe un temps processuel de la concurrence particulier »¹⁵⁰⁶. Reste que l'urgence de la vie économique n'est pas précisément le temps naturel de la procédure juridique¹⁵⁰⁷. Comment cette modalité temporelle nouvelle vient-elle se greffer sur le temps, essentiellement lent, de l'instance? La

¹⁴⁹⁸ Notons que cette solution contraste avec la réglementation antidumping, laquelle prévoit que « les parties qui offrent un engagement sont tenues de fournir une version non confidentielle de cet engagement de manière à ce qu'il puisse être communiqué aux parties concernées par l'enquête » (Art. 8 § 4 du Règlement 384/96).

¹⁴⁹⁹ Cf. L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 145-146.

¹⁵⁰⁰ Voir déjà en ce sens, avec des résultats contradictoires, en matière de concurrence, TPICE, 16 septembre 1998, *IECC/Commission*, T-110/95, pt 94 et ss., II-3639; en matière d'aides d'Etat, TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et Bristish Midland Airways/Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, pts 88 et ss., II-2448.

¹⁵⁰¹ En ce sens déjà, M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, 417-418.

¹⁵⁰² En ce sens, avec des références au droit communautaire de la concurrence, J. BLACK, *Talking about Regulation*, Public Law, 1998, 77-105.

¹⁵⁰³ Pour reprendre une expression appliquée à la sanction par la Directive « recours » en matière de marchés publics de travaux, de fournitures et de services n° 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989, JOCE 1989, L 395/33.

¹⁵⁰⁴ Voir, en général, G. KARYDIS, *Les procédures d'urgence devant la Commission*, JTDE, 1997, 25-35.

¹⁵⁰⁵ D. BARTHE, *LA SITUATION DE L'ENTREPRISE VICTIME D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES CONTENTIEUX OBJECTIFS COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS*, Thèse Droit, Paris I, 1997, 448.

¹⁵⁰⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *La Concurrence et le Temps*, RCC, 1997, n° 98, 30.

¹⁵⁰⁷ « La procédure judiciaire est incapable de faire face à l'urgence, à moins de renier ses principes » (J. FREUND, *L'ESSENCE DU POLITIQUE*, Sirey, Paris, 1965, réed. 1978, 472). Pour une généralisation du problème dans le monde politique, P. VIRILIO, *VITESSE ET POLITIQUE*, Galilée, Paris, 1977, nouvelle éd. 1991. *Contra*, E. PUTMAN, *op. cit.*, § 372, 328-330.

garantie des droits individuels est menacée par l'urgence. C'est pourquoi sans doute la Commission se montre très prudente en ce domaine: rare reste l'adoption de mesures d'urgence en droit communautaire¹⁵⁰⁸. En outre, les garanties sont sauvegardées (II).

§ I. LE FONDEMENT DE L'URGENCE

528. Le fondement juridique du pouvoir administratif d'adopter des mesures provisoires d'urgence, en matière de concurrence, réside, selon la Cour, dans l'article 3 § 1 du Règlement 17/62¹⁵⁰⁹. Ce pouvoir répond à un besoin: « il s'agit d'éviter qu'au cours de l'instruction, des dommages irréparables soient causés, auxquels il ne pourrait plus être remédié par la décision que la Commission sera amenée à prendre au terme de la procédure administrative »¹⁵¹⁰. Il repose d'autre part sur le principe de l'effet utile des décisions de la Commission, qui garantit l'effectivité de l'ordre public économique communautaire¹⁵¹¹.

529. Si ce pouvoir est justifié, l'adoption de telles mesures n'en est pas moins soumise à des *conditions de fond*: elles touchent d'une part à la pratique dénoncée, qui doit répondre à la qualification d'infraction ayant un caractère vraisemblable, d'autre part au préjudice invoqué, lequel doit être de nature concurrentielle et de caractère grave¹⁵¹². Mais elle est également soumise à des *conditions de procédure*. A cet égard, la Cour déclare:

« la Commission ne pourrait prendre de telles mesures sans avoir égard aux intérêts légitimes de l'entreprise concernée par celles-ci... En les instaurant, la Commission est tenue de respecter les *garanties essentielles assurées aux parties concernées* par le règlement n° 17, notamment par l'article 19 de celui-ci. Il faut, enfin, que les décisions soient prises dans une forme telle qu'elles soient susceptibles de recours devant la Cour de justice par toute partie qui se considérerait comme lésée. »¹⁵¹³

Ainsi, les garanties procédurales des parties concernées sont préservées; les garanties juridictionnelles des parties et des tiers sont assurées.

¹⁵⁰⁸ H. SCHROTER, alors Chef d'Unité à la DG IV, rapporte ainsi que « presque chaque plainte aujourd'hui est assortie d'une demande de mesure provisoire (...) 99 % de ces demandes échouent » (*Préservation de l'effet utile des décisions: l'expérience communautaire*, RCC, 1997, n° 98, 34).

¹⁵⁰⁹ CJCE (Ordonnance), 17 janvier 1980, *Camera Care/Commission*, aff. 792/79 R, Rec. 119. Voir la réaction vive de L. FOSCANEAU devant ce pur acte de création jurisprudentielle, *Une décision inquiétante de la Cour de Justice des communautés européennes*, RTDE, 1980, 284-301. Les origines peuvent en être recherchées dans une Ordonnance du président de la Cour dans le cadre du contentieux CECA: CJCE (Ordonnance), 22 octobre 1975, *National Carbonising Company/Commission*, aff. 109/75 R, Rec. 1193.

¹⁵¹⁰ Ibid., pt 14, Rec. 130.

¹⁵¹¹ Ibid., pt 18, Rec. 131.

¹⁵¹² Sur tous ces points et leur évolution dans la jurisprudence communautaire, L. IDOT, *Les mesures provisoires en droit de la concurrence: un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence*, RTDE, 1993, 581-600.

¹⁵¹³ CJCE (Ordonnance), 17 janvier 1980, *Camera Care/Commission*, aff. 792/79 R, pt 19, Rec. 131 (nous soulignons).

§ II. DES GARANTIES SAUVEGARDEES

530. Les règles de la procédure d'urgence se rapprochent donc beaucoup de celles de la procédure ordinaire, à cela près que les délais de prise de décision sont réduits. Par conséquent, « il faut adapter ces règles aux exigences d'une procédure rapide »¹⁵¹⁴. Ces adaptations ne sont fixées par aucun texte. La Commission les a définies¹⁵¹⁵. De la sorte, les garanties procédurales essentielles — communication des griefs, accès au dossier, droit d'être entendu, consultation, motivation —, bien qu'allégées, sont préservées¹⁵¹⁶. La solution est très classique, connue des régimes contentieux de l'urgence¹⁵¹⁷. Le contrôle juridictionnel est assuré, même s'il n'est assorti d'aucune possibilité d'injonction¹⁵¹⁸. Une incertitude demeure: qu'en est-il du droit des tiers? Dans ces conditions, rien ne semble justifier leur exclusion de la procédure, à moins d'une extrême urgence¹⁵¹⁹.

531. Ajoutons que la matière de l'urgence n'est pas exclue des derniers progrès de la protection procédurale. Ces progrès, on l'a vu, se marquent principalement dans le régime de traitement des plaintes. Si les mesures provisoires peuvent être octroyées d'office ou sur demande, il est admis, de fait, qu'une plainte formelle est toujours nécessaire. Au cas où la Commission a l'intention de rejeter la plainte, elle a le devoir, au préalable, d'examiner avec soin et impartialité tous les éléments pertinents portés à sa connaissance par le plaignant. D'après l'arrêt *La Cinq/Commission* du Tribunal du 24 janvier 1992, il n'en va pas autrement du régime des demandes de mesures provisoires: interprétée à l'aune de la jurisprudence *Technische Universität München*, la protection procédurale s'applique en effet à toute décision faisant grief¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁴ H. SCHROTER, *op. cit.*, 34. La fixation du délai se révèle être la conséquence la plus importante de l'engagement de procédures d'urgence pour la Commission.

¹⁵¹⁵ « Il faut envoyer aux entreprises une sorte de communication des griefs, leur donner l'occasion de se prononcer sur les accusations de la Commission, sur les faits et sur les raisonnements en droit. Ce que nous avons déjà fait, c'est de remplacer la procédure écrite par la procédure orale. Evidemment, dans la décision adoptant les mesures provisoires, la Commission peut se fonder sur des faits qu'elle n'a pas transmis par écrit aux entreprises. La décision est une décision normale. C'est le collège des commissaires qui doit la prendre. En ce qui concerne les autorités des Etats membres, ils ont le droit d'avoir copies des pièces les plus importantes. L'autorité nationale est associée à la procédure de la Commission. Le comité consultatif est consulté » (H. SCHROTER, *op. cit.*, 34.). Selon d'autres auteurs, on ne peut exiger que la Commission consulte le comité. Telle solution se justifierait au regard de « l'effet utile » régissant toute la procédure (J. TEMPLE LANG, *The powers of the Commission to order interim measures in competition cases*, CMLR, 1981, 56; G. CERUTTI, *Potestà discrezionali della Commissione e provvedimento cautelari d'urgenza in tema di diritto comunitario della concorrenza*, Rivista di diritto europeo, 1985, 172, 159-175).

¹⁵¹⁶ En matière de concentrations, art. 18 § 2 du Règlement 4064/89; en matière d'aides, s'agissant des droits de la défense de l'Etat membre concerné, CJCE, 14 février 1990, *France/Commission*, C-301/87, pt 19, I-356.

¹⁵¹⁷ Comp. P-L. FRIER, *L'URGENCE*, LGDJ, Paris, 1987, not. « Les formes et les procédures d'urgence », 236-279.

¹⁵¹⁸ CJCE (Ordonnance), 17 janvier 1980, *Camera Care/Commission*, aff. 792/79 R, pt 19, Rec. 131.

¹⁵¹⁹ Dans des conclusions présentées le 15 décembre 1983 dans l'affaire *Ford/Commission* (aff. jtes 228 et 229/82), l'avocat général Slynn écrit en ce sens: « Nous voyons difficilement comment la Commission peut justifier son refus d'entendre des tiers placés dans une telle situation au motif que la décision avait un caractère provisoire » ([1983] Rec. 1175). En matière d'aides, les mesures provisoires étant prises avant l'engagement de la procédure formelle, les droits des tiers se trouvent inévitablement réduits.

¹⁵²⁰ TPICE, 24 janvier 1992, *La Cinq/Commission*, T-44/90, pts 86 et ss., II-28. Voir déjà, en ce sens, A. PLIAKOS, *op. cit.*, 342.

Chapitre II

LES PERSONNES PROTEGEES

532. La notion même de partie occupe le centre de toute instance procédurale. En droit judiciaire, il s'y rattache de nombreuses et importantes conséquences¹⁵²¹. Mais, étant par nature « polycentrique », le droit administratif économique déplace les enjeux vers la question des tiers¹⁵²². A leur égard, la protection procédurale s'atténue par degrés successifs, mais elle ne disparaît ni tout à fait, ni d'un seul coup, ni de la même façon pour tous. A côté des « tiers *penitus extranei* (profondément extérieurs) »¹⁵²³, il est des tiers intéressés au résultat de la procédure. En étudiant leur place, bien qu'elle soit réduite, certains caractères généraux de la procédure sont révélés (I).

533. Dans la jurisprudence communautaire, la question de la position des tiers dans la procédure est intimement liée à celle du droit au recours. Sans doute, en droit, les deux questions sont distinctes: l'intérêt suffisant ou légitime à participer ne se confond pas avec l'intérêt à introduire un recours¹⁵²⁴; à l'inverse, la question de la recevabilité du recours introduit par un tiers est tout à fait indépendante de la question du droit à intervenir dans la procédure précontentieuse¹⁵²⁵. Mais, en fait, la Cour s'efforce de compenser une protection procédurale faible des tiers par des possibilités de recours élargies (II).

SECTION I. LES DROITS PROCEDURAUX DES TIERS

534. On peut distinguer, au sein des procédures de concurrence, trois modalités d'intervention des tiers en qualité de parties à la procédure. Le cas du *plaignant* en droit de la concurrence est topique. Il montre comment, pour la première fois, les droits procéduraux se séparent des droits de la défense (I). Ainsi peut se comprendre l'*association* des tiers dans les procédures de contrôle des concentrations, de contrôle des aides et des entreprises publiques (II). L'*information* des parties dans les procédures antidumping répond à des modalités particulières (III).

Comparer entre elles ces différentes procédures est utile. On observe une gradation dans la protection des tiers suivant les matières concernées. Mais on voit aussi qu'une même balance d'intérêts se retrouve partout, sous des formes diverses.

¹⁵²¹ S'agissant de la représentation, de l'intervention, de la récusation, de la péremption ou de l'exécution, pour ne citer que quelques problèmes importants.

¹⁵²² En ce sens, J. TEMPLE LANG, *The Position of Third Parties in EEC Competition Cases*, ELR, 1978, 177-190.

¹⁵²³ J. CARBONNIER, *DROIT CIVIL Les Obligations*, t. 4, PUF, Paris, 16ème éd., 1996, 237.

¹⁵²⁴ Voy., dans le domaine des aides, J.-P. KEPPELNE, *GUIDE DES AIDES D'ETAT EN DROIT COMMUNAUTAIRE. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999, n° 287. L'auteur souligne l'ambiguïté de la jurisprudence communautaire sur la notion d'« intéressés » et les conséquences qui s'ensuivent sur le plan contentieux.

¹⁵²⁵ Conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire *BEUC/Commission* (C-170/89), [1991] I-5728.

§ I. LES DROITS DES PLAIGNANTS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

535. Suivant une logique qui a fini par s'imposer dans la pratique et dans les textes, les tiers plaignants bénéficient d'une situation favorable en droit des pratiques anticoncurrentielles.

L'article 3 du Règlement 17 reconnaît la possibilité aux « personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime » de présenter une plainte. Que faut-il entendre dans la notion d'« intérêt légitime » ? On sera tenté d'invoquer deux notions proches : « l'intérêt individuel et direct » conditionnant la recevabilité du recours en annulation¹⁵²⁶, « l'intérêt suffisant » de l'article 19 du Règlement 17. Mais la jurisprudence en fait une notion autonome. Elle y inclut les concurrents de l'entreprise présumés avoir commis une infraction¹⁵²⁷, ainsi que toute personne ayant subi un préjudice direct dans son activité économique du fait de l'infraction présumée¹⁵²⁸, mais, également, les personnes ayant un intérêt indirect à la cessation de l'infraction telles que des associations d'entreprises¹⁵²⁹.

536. Deux principes régissent le système de traitement des plaintes en ce domaine. Le premier est l'ouverture maximale du dépôt. Il en découle une conception large de « l'intérêt légitime ». Pareille extension s'explique aisément : c'est que « la plainte est essentiellement un moyen d'attirer l'attention de la Commission sur une violation alléguée du droit communautaire »¹⁵³⁰. Mais il n'en résulte pas une obligation de poursuivre la procédure. Le second principe est celui de l'opportunité des poursuites. Il faut donner à la Commission un large pouvoir pour apprécier l'« intérêt communautaire suffisant » à poursuivre la procédure¹⁵³¹. Certains tempéraments ont été apportés à ce second principe, en considération, comme on l'a vu, de l'examen minutieux de la plainte¹⁵³². Des droits procéduraux ont également été reconnus aux plaignants¹⁵³³. Le nouveau règlement de procédure consacre ces avancées en prévoyant un chapitre sur « l'audition des demandeurs et des plaignants »¹⁵³⁴. C'est une manière de leur reconnaître un statut autonome

¹⁵²⁶ En ce sens, E. PAULIS, *La position de la partie plaignante en matière de concurrence*, RTDE, 1987, 621-632.

¹⁵²⁷ CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, I-3359.

¹⁵²⁸ Il peut s'agir des revendeurs, des fournisseurs, mais également d'une partie qui n'a pas été admise au système de distribution, d'associations de consommateurs, de syndicats de salariés licenciés (*Seizième Rapport sur la politique de concurrence* (1987), § 43, 58), ou d'entreprises parties à l'entente (v., en ce sens, Communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, JOCE 1996, C 207/4, A. 2).

¹⁵²⁹ Ainsi le Tribunal de première instance a estimé qu'« une association d'entreprises peut faire valoir un intérêt légitime à introduire une plainte, même si elle n'est pas directement concernée, en tant qu'entreprise opérant sur le marché en cause, par le comportement dénoncé, à condition toutefois, d'une part, qu'elle ait le droit de représenter les intérêts de ses membres et, d'autre part, que le comportement dénoncé soit susceptible de léser les intérêts de ceux-ci » (TPICE, 24 janvier 1995, *BEMIM/Commission*, T-114/92, pt 28, II-161).

¹⁵³⁰ H. GILLIAMS & I. MASELIS, *Le statut du plaignant en droit communautaire*, JTDE, 1996, 26.

¹⁵³¹ Cf. TPICE, 18 septembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, pts 76 et ss., II-2275.

¹⁵³² Voir l'analyse *supra*, §§ 449 et ss..

¹⁵³³ Cf. B. VESTERDORF, *Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law*, CMLR, 1994, 77-104.

¹⁵³⁴ « Chap. III » du Règlement 2842/98.

comme « parties à la procédure », privilégiés par rapport aux autres tiers. A cet égard, il convient de distinguer deux types de situations: les situations précédant une décision de rejet de la plainte, les situations faisant suite à une décision d'engager la procédure.

A. Les droits dans l'examen de la plainte

537. Au terme de l'article 6 du Règlement 2842/98, « lorsque la Commission, saisie d'une demande (...), considère que les éléments qu'elle a recueillis ne justifient pas d'y donner une suite favorable, elle en indique les motifs au demandeur ou au plaignant et leur impartit un délai pour présenter par écrit leurs observations éventuelles ». Cette communication est plus connue sous le nom de « lettre article 6 »¹⁵³⁵. Elle fait naître certains droits. Le délai de réponse est standard¹⁵³⁶; en considération des tiers, il peut être étendu¹⁵³⁷. Le plaignant peut également demander, dans ses observations écrites sur les motifs du refus de donner suite à sa demande, à être entendu oralement¹⁵³⁸. Enfin, ayant le droit d'obtenir une décision définitive sur le rejet de la plainte, l'entreprise dont la demande est écartée pourra introduire un recours sur le fondement de l'article 230¹⁵³⁹.

538. Il ne bénéficiera pas, cependant, du respect des droits de la défense au même titre que l'entreprise poursuivie. Le Tribunal considère ainsi, sous l'empire de l'ancienne réglementation:

« Par la place qu'elle occupe dans la procédure, la communication prévue à l'article 6 du règlement n° 99/63 constitue le pendant de la communication des griefs. Il convient d'ajouter que la communication des griefs doit garantir le respect des droits de la défense alors que la communication prévue à l'article 6 du règlement n° 99/63 vise à sauvegarder *les droits procéduraux des plaignants, lesquels, toutefois, ne sont pas aussi étendus que les droits de la défense des entreprises contre lesquelles la Commission dirige son enquête.* »¹⁵⁴⁰

539. En théorie, cette distinction entre « droits de la défense » et « droits procéduraux » est malaisée. En pratique, elle signifie l'exclusion de deux droits fondamentaux. D'abord du droit d'accès au dossier: « les tiers ne sauraient prétendre disposer d'un droit d'accès au dossier détenu

¹⁵³⁵ En référence à l'article de l'ancien Règlement 99/63. L'obtenir est un droit (TPICE, 18 septembre 1992, *Asia Motor France e.a./Commission*, T-28/90, pt 29, II-2298). Le Tribunal a récemment ajouté que l'absence de référence expresse à l'article 6 n'est pas décisive dès lors que la lettre répond aux conditions formelles exigées d'une lettre au titre de l'article 6 (TPICE, 14 mai 1997, *VGB e.a./Commission*, T-77/94, pt 73, II-787).

¹⁵³⁶ Il obéit aux mêmes règles que le délai accompagnant la communication des griefs ou informant les autres tiers: (art. 14 du Règl 2842/98).

¹⁵³⁷ Le Tribunal a jugé ainsi que, au nom du respect des droits de la défense, la Commission n'était pas en droit de classer la plainte, présomption pourtant légitime au cas où le plaignant ne répond pas dans le délai fixé à la « lettre article 6 », « si des circonstances particulières peuvent légitimement expliquer le dépassement d'un délai que la Commission a fixé elle-même ». En l'espèce, le dépassement du délai était dû à une période de vacances (TPICE, 14 mai 1997, *VGB e.a./Commission*, T-77/94, pt 76, II-788).

¹⁵³⁸ Art. 8 du Règlement 2842/98; voir aussi art. 4 § 3 tiret 3 de la Décision 94/810.

¹⁵³⁹ Cela résulte clairement d'un arrêt du Tribunal de première instance, *Guérin automobiles/Commission*, 27 juin 1995, T-186/94, pt 34, II-1769; point confirmé par la Cour, 18 mars 1997, *Guérin automobiles/Commission*, C-282/95 P, pt 36, I-1542.

¹⁵⁴⁰ TPICE, 10 juillet 1990, *Automec/Commission*, T-64/89, pt 46, II-382-383 (nous soulignons).

par la Commission, dans des conditions identiques à celles auxquelles peuvent prétendre les entreprises poursuivies »¹⁵⁴¹. Il est seulement permis au plaignant, comme à toute personne justifiant d'un intérêt suffisant, de faire une demande motivée à toute pièce du dossier utile pour être mis en mesure d'être entendu. En revanche, ils bénéficient, à l'égal des entreprises destinataires, de la protection de leurs informations confidentielles¹⁵⁴². De même, ils ne sauraient disposer d'un « droit à une audition formelle », avant la prise d'une décision de rejet de la demande¹⁵⁴³. L'audition n'est qu'une « possibilité ». La demande doit être écrite et justifiée¹⁵⁴⁴. Le refus peut être décidé à discrétion, assorti d'une motivation¹⁵⁴⁵. *De facto*, cependant, l'audition du plaignant qui en fait la demande sera généralement organisée.

B. Les droits dans la procédure contradictoire

540. Au cas où la Commission décide d'engager la procédure, l'article 19 § 2 du Règlement 17 prévoit la possibilité, au cours de la procédure, d'entendre les tiers. Dans un arrêt de 1987 se trouve l'origine de la règle restrictive les concernant :

« ces plaignants doivent être mis en mesure de sauvegarder leurs intérêts légitimes dans le cadre de la procédure administrative et la Commission est tenue d'examiner les éléments de fait et de droit qui sont portés à sa connaissance par les plaignants. Cependant, les droits procéduraux des plaignants ne sont pas aussi étendus que le droit de la défense des entreprises contre lesquelles la Commission dirige son enquête. »¹⁵⁴⁶

Deux raisons sont invoquées à l'appui de cette position. D'une part, les droits de la défense sont conçus pour protéger les entreprises susceptibles d'être sanctionnées : « les entreprises contre lesquelles la procédure est engagée et celles qui ont introduit une demande en justifiant d'un intérêt légitime à voir cesser une violation alléguée ne se trouvent pas dans la même situation procédurale et ces dernières ne peuvent pas se prévaloir du droit de la défense au sens de la jurisprudence invoquée »¹⁵⁴⁷. D'autre part, les droits des plaignants « trouvent leurs limites dans la mesure où ils mettent en cause ce droit de la défense »¹⁵⁴⁸. Il en est ainsi, notamment, si la mise

¹⁵⁴¹ En effet, « le principe du caractère pleinement contradictoire de la procédure administrative devant la Commission dans le domaine des règles de concurrence applicables aux entreprises ne s'impose qu'à l'égard des seules entreprises susceptibles d'être sanctionnées par une décision de la Commission constatant une infraction aux articles 85 et 86 du traité, en ce sens que les droits des tiers, tels que consacrés par l'article 19 du règlement n° 17 sont limités au droit d'être *associés* à la procédure administrative » (TPICE, 15 juillet 1994, *Matra Hachette/Commission*, T-17/93, pt 34, II-609; nous soulignons).

¹⁵⁴² Art. 5 de la Décision 94/810.

¹⁵⁴³ TPICE, 24 septembre 1996, *NALOO/Commission*, T-57/91, pts 275 et 276, II-1088 (dans le cadre des règles de concurrence du traité CECA). Il est à noter que cette position est exactement contraire à celle du droit français de la concurrence, qui prévoit que la procédure est entièrement contradictoire même à l'égard des tiers plaignants (voir, à ce propos, BARHTE, *op. cit.*, 156 et ss.).

¹⁵⁴⁴ Art. 19 § 2 Règlement 17/62.

¹⁵⁴⁵ Art. 4 § 4 de la Décision 94/810.

¹⁵⁴⁶ CJCE, 17 novembre 1987, *BAT et Reynolds*, aff. jtes 142 et 156/84, pt 20, Rec. 4573. En l'espèce, les requérantes soutenaient qu'elles n'avaient pas été suffisamment associées à l'enquête.

¹⁵⁴⁷ Ibid., pt 19, Rec. 4572.

¹⁵⁴⁸ Ibid., pt 20, Rec. 4573.

en œuvre de ces droits aboutit à mettre en cause le droit des entreprises poursuivies à mener des négociations confidentielles.

541. Quels sont ces « droits procéduraux » qui leur sont reconnus? L'article 7 du nouveau règlement de procédure a officialisé la pratique de la Commission consistant à envoyer au plaignant une copie de la version non confidentielle des griefs. Cette communication permet non seulement au plaignant de savoir que sa demande a été retenue, mais aussi de connaître les éléments de fait et de droit sur lesquelles la procédure va porter et le débat s'engager. Mais, pour entrer dans ce débat, encore faudrait-il qu'il disposât du droit formel d'accès au dossier. Or, la Communication de la Commission de janvier 1997 écarte clairement les tiers de son champ d'application. Une communication pourra toujours être organisée, exceptionnelle et soumise à la discrétion de la Commission. Enfin, les plaignants et les autres tiers disposent de la possibilité de présenter leurs observations écrites et orales, dans les mêmes conditions que durant la phase précédente¹⁵⁴⁹.

542. Ainsi circonscrits, les droits procéduraux des plaignants n'en conservent pas moins une certaine importance, si on les compare avec la situation plus générale des tiers intéressés¹⁵⁵⁰. Avec ce nouveau règlement, leur statut se rapproche nettement de celui des « parties intéressées ». Du moins disposent-ils d'« intérêts légitimes »¹⁵⁵¹, qui apparaissent comme la justification automatique d'« un intérêt suffisant »¹⁵⁵². Il ne peut être question, cependant, que d'atténuer l'insécurité de tiers « particulièrement » intéressés. Si les droits procéduraux sont accordés aux tiers, ce n'est pas seulement pour protéger leur patrimoine juridique. Il s'agit aussi d'éclairer l'autorité administrative sur la situation réelle du marché. Ces droits permettent d'activer l'intérêt général qu'a le droit communautaire à ce que les règles de la concurrence soient respectées. Ce n'est que dans la mesure où ces deux intérêts, l'un subjectif et l'autre objectif, coïncident que des droits seront accordés. En ce sens, « les entreprises qui dénoncent les pratiques anticoncurrentielles exercent une fonction activatrice, de catalyseur, qui déclenche l'intervention de la Commission »¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁹ Art. 7 du Règlement 2842/98; art. 4 § 4 de la Décision 94/810.

¹⁵⁵⁰ En ce qui concerne les autres tiers, s'ils demandent à être entendus et justifient d'un intérêt suffisant, la Commission les informe par écrit et leur permet de présenter leurs observations écrites (art. 9 § 1 du Règlement 2842/98). Elle peut, le cas échéant, les « inviter à développer leurs arguments lors de l'audition des parties contre lesquelles des griefs ont été retenus » (art. 9 § 2). En toute hypothèse, une audition n'est pas obligatoire (CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, aff. jtes 209 à 215 et 218/78, pts 18 et 24, Rec. 3232-3234; CJCE, 9 juillet 1987, *Ancides/Commission*, aff. 43/85, pt 8, Rec. 3153). Mais la Commission la refuse très rarement: la notion d'intérêt suffisant est interprétée largement (L. ORTIZ BLANCO, *op. cit.*, 198). En outre, il est loisible à la Commission de donner à tout autre tiers l'occasion d'intervenir oralement, soit qu'ils aient présenté des observations écrites ou non, soit qu'elle en prenne l'initiative ou que l'une des parties à la procédure en fasse la proposition (art. 9 § 3). Voir également l'arrêt, souvent cité, de la Cour du 13 juillet 1971 (*Komponistenverband/Commission*, aff. 8/71, Rec. 705) dans lequel elle déclare que, dans la mesure où la Commission a donné à un tiers l'opportunité de présenter ses observations écrites, celui-ci ne peut introduire un recours en carence visant à faire constater que la Commission ne s'est pas prononcée sur l'intérêt de cette personne à être entendue oralement (à présent, art. 4 § 4 de la Décision 94/810).

¹⁵⁵¹ CJCE, 17 novembre 1987, *BAT et Reynolds*, aff. jtes 142 et 156/84, pt 20, Rec. 4573.

¹⁵⁵² Art. 19 § 2 du Règlement 17/62.

¹⁵⁵³ Sur tout cela, voy. les conclusions de l'avocat général Colomer présentées le 26 mai 1998 dans l'affaire *Ufex*, C-119/97 P, pt 74.

543. C'est pourquoi B. Beauchesne met en garde contre les « excès du système juridique américain où le débat doctrinal porte principalement sur la balance entre les coûts et le gain des procédures judiciaires »¹⁵⁵⁴. Mais la balance ici n'est pas matérielle; elle repose sur une stratégie d'information. Il se pourra ainsi que la participation des tiers soit étendue, si elle est « utile » pour informer la Commission. Tel est le sens de la jurisprudence *AKZO*: « La Commission peut communiquer [au tiers plaignant] certaines informations couvertes par le secret professionnel, pour autant que cette communication soit nécessaire au bon déroulement de l'instruction. »¹⁵⁵⁵. Là où l'intérêt public le recommande, l'obligation de protéger le secret doit être atténuée. Mais loin d'être un droit, cette divulgation reste une « faculté », que la Commission peut exercer de manière discrétionnaire¹⁵⁵⁶.

A l'égard des tiers, la procédure a un caractère objectif et inquisitorial: la Commission se contente d'associer les tiers à la recherche des informations¹⁵⁵⁷. Reste que ceux-ci conservent la garantie d'un contrôle juridictionnel. Seule, en effet, à leur égard, la motivation n'est pas réduite¹⁵⁵⁸.

§ II. LES PROCEDURES D'ASSOCIATION DES TIERS

544. La procédure de contrôle des concentrations d'une part, les procédures de contrôle des aides et des entreprises publiques d'autre part, présentent un degré moins élevé de protection des tiers. La situation dans ces trois domaines doit être distinguée¹⁵⁵⁹. Mais, dans tous trois, les tiers demeurent « associés », incapables d'être élevés au statut des plaignants dans les procédures anticoncurrentielles.

A. Les tiers dans la procédure de contrôle des concentrations

¹⁵⁵⁴ B. BEAUCHESNE, *op. cit.*, 132.

¹⁵⁵⁵ CJCE, 24 juin 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 53/85, pt 27, Rec. 1991-1992.

¹⁵⁵⁶ Ce terme est employé par la Cour elle-même (*Ibid.*, pt 28, Rec. 1992). Au reste, la Cour avait déjà eu l'occasion de rappeler que « la Commission ne saurait invoquer les dispositions des articles 19 et 20 de ce règlement pour justifier la transmission de ces données à des tiers plaignants. En effet, l'article 19, paragraphe 2, n'attribue à ceux-ci qu'un droit à être entendus et non le droit à recevoir des informations confidentielles » (CJCE, 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, pt 46, Rec. 3239).

¹⁵⁵⁷ Telle est l'opinion de l'avocat général Reischl dans l'affaire *Van Landewyck*, fondée sur « le souci de la Commission de connaître les faits de façon aussi complète que possible » ([1980] Rec. 3298-3299). Cette opinion est partagée par J.M. JOSHUA, qui l'analyse sur le fondement de la « recherche de la vérité » (*Information in EEC Competition Law Procedures*, ELR, 1986, not. 419-420). Cependant, elle laisse pendante la question de savoir comment procéder à « la conciliation des intérêts au secret, d'une part, et de l'intérêt à une connaissance exhaustive des faits à laquelle la Commission doit effectivement aboutir au titre du règlement n° 17, d'autre part ».

¹⁵⁵⁸ TPICE, 18 novembre 1992, *Rendo e.a./Commission*, T-16/91, pt 122, II-2454.

¹⁵⁵⁹ L. IDOT distingue à juste titre le secteur des concentrations de celui des aides qu'elle considère moins développé sur le plan de la transparence (*La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 121-146).

545. A la différence des procédures d'application des articles 81 et 82, la procédure de contrôle des concentrations ne prévoit pas la possibilité de déposer plainte. La réglementation en vigueur entend cependant reconnaître certaines garanties de procédure au profit des tiers¹⁵⁶⁰.

1. Les tiers dans la première phase

546. L'article 18 du Règlement 4064/89 distingue les « tiers » des « intéressés »: tandis que « les droits de la défense des intéressés sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure », les personnes physiques ou morales dont l'intervention est jugée nécessaire par la Commission ou les autorités compétentes des Etats membres ainsi que les personnes physiques ou morales « justifiant d'un intérêt suffisant », qui en ont fait la demande, doivent être entendues. On peut tirer de l'article 11 du règlement d'application, sinon une définition, du moins une meilleure approximation de la notion: sont tiers *stricto sensu* « les personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant, notamment les clients, fournisseurs et concurrents et, en particulier, les membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées et les représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises »¹⁵⁶¹ et tout autre tiers à qui la Commission donne l'occasion d'exprimer son point de vue¹⁵⁶². Il doivent être distingués non seulement des « parties notifiantes », mais aussi des « autres parties intéressées, à savoir les parties au projet de concentration autres que les parties notifiantes, par exemple le vendeur ou l'entreprise qui est la cible de l'opération », et les parties à l'encontre desquelles la Commission entend infliger des amendes ou des astreintes. Ces dernières catégories bénéficient du même régime procédural que les « parties notifiantes », soit qu'elles possèdent des intérêts identiques (le vendeur) soit qu'elles sont susceptibles de subir un préjudice direct sous l'effet de la décision de la Commission (l'entreprise cible, les entreprises soumises à des sanctions).

547. Par la publication du fait de la notification au Journal officiel, la Commission informe les tiers et les invite à présenter leurs observations¹⁵⁶³. Les tiers informés auront deux semaines à compter de cette publication pour faire valoir leurs observations. Mais, à ce stade, ils ne disposent d'aucun droit procédural formel: la Commission n'est tenue à aucune obligation d'information individuelle à leur égard¹⁵⁶⁴; il n'existe ni droit d'accès ni droit à être entendu oralement¹⁵⁶⁵.

2. Les tiers dans la seconde phase

¹⁵⁶⁰ Cons. 19 du Règlement 4064/89.

¹⁵⁶¹ Art. 11 § 3 du Règlement 4064/89.

¹⁵⁶² Art. 16 § 3 du Règlement 4064/89.

¹⁵⁶³ Article 4 § 3 du Règlement 4064/89 pour publication.

¹⁵⁶⁴ Cela a été rappelé par le Tribunal dans un arrêt *CCE de Vitel* du 27 avril 1995: les requérantes se plaignant du fait qu'elles n'avaient pas été informées en temps utile de l'opération de concentration notifiée, le Tribunal a pu répondre que le règlement n° 4064/89 « ne fait peser sur cette institution aucune obligation d'information à l'égard des représentants des travailleurs des entreprises concernées, relative à l'existence du projet de concentration qui lui a été notifié » (*CCE de Vitel e.a./Commission*, T-2/93, pt 62, II-1278).

¹⁵⁶⁵ Voir les critiques de J.-P. GUNTHER & A. WACHSMANN, *Contrôle communautaire des concentrations: Pouvoir de « nuisance » et voies de recours des tiers*, JCP, Ed. E, 1995, 210.

548. Conformément à l'article 18 du Règlement 4064/89, le « droit à être entendu » est ouvert aux tiers dès lors que la deuxième phase de la procédure est engagée. Le principe de leur participation à la procédure est fixée par un arrêt du Tribunal du 27 avril 1995:

« la protection des intérêts légitimes des tiers qualifiés n'exige pas qu'ils bénéficient, au cours de la procédure administrative, de garanties identiques à celles qui sont accordés aux personnes intéressées par l'opération de concentration en cause en vue d'assurer le respect de leurs droits de la défense dans le déroulement de la procédure devant la Commission. »¹⁵⁶⁶

Les droits des tiers, « uniquement susceptibles, le cas échéant, de subir les effets incidents de la décision sur leur sphère juridique », ne seront envisagés que par rapport aux droits de la défense des personnes directement affectées par la décision. Le Tribunal suit l'interprétation donnée par la Cour dans le cadre du Règlement 17/62¹⁵⁶⁷. En alignant cette procédure sur les solutions acquises en droit des pratiques anticoncurrentielles, le Tribunal signifie que les droits procéduraux des tiers sont discriminés à deux égards.

549. En premier lieu, l'*audition* des tiers prévue à l'article 16 du règlement de procédure ne se confond pas avec les auditions formelles des intéressés prévues à l'article 15. Elle est conditionnée par une demande écrite. A défaut de demande *expresse* en ce sens, la Commission n'est pas tenue d'informer le tiers intéressé de la nature et de l'objet de l'affaire ni de lui donner la possibilité de faire connaître son point de vue¹⁵⁶⁸. Elle se contente, pour répondre à cette demande, de les informer « de la nature et de l'objet de la procédure », en fixant un délai. Dans ce cadre, elle ne transmet pas de copie de la communication des griefs, même expurgée des secrets d'affaires. Soit parce qu'elle juge qu'il existe un intérêt suffisant justifié¹⁵⁶⁹, soit parce que, en tout état de cause, elle l'estime nécessaire¹⁵⁷⁰, soit parce qu'elle considère qu'il y a urgence¹⁵⁷¹, elle offre la possibilité aux tiers de présenter leur point de vue oralement. Mais l'opportunité d'une audition procède d'une appréciation discrétionnaire.

550. En second lieu, les tiers ne disposent pas du *droit d'accès au dossier*. Ce droit n'est formellement prévu que pour les « parties directement intéressées »¹⁵⁷². Dans l'affaire dite « *des grandes sources* », les requérantes ont fait valoir que, « dans la mesure où le syndicat CGT Perrier avait demandé être entendu par la Commission, il devait, en qualité de tiers justifiant d'un "intérêt

¹⁵⁶⁶ TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pt 56, II-1240.

¹⁵⁶⁷ Ibid., pt 56, II-1241. Le Tribunal se fonde du reste sur une interprétation donnée par la Cour de justice dans un arrêt du 9 juillet 1987, *Ancides/Commission* (aff. 43/85, Rec. 3131, pt 8).

¹⁵⁶⁸ TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pts 55, 58 et 59, II-1240-1242

¹⁵⁶⁹ Cons 12 du Règlement 447/98.

¹⁵⁷⁰ Art. 16 § 3 du Règlement 447/98.

¹⁵⁷¹ Cons. 13 du Règlement 447/98. « Considérant (...) que, dans les situations d'urgence, la Commission doit cependant garder la possibilité de procéder immédiatement à l'audition formelle des parties notifiantes, des autres parties intéressées ou des tiers », quitte, ensuite, à leur réserver la possibilité de présenter des observations complémentaires écrites (TPICE, 27 avril 1995, T-96/92, pt 62, II-1244).

¹⁵⁷² Art. 18 § 3 du Règlement 4064/89.

suffisant”, non seulement bénéficier de l’audition qui lui a été accordée le 2 juillet 1992, mais également avoir accès au dossier »¹⁵⁷³. Or, selon le Tribunal, la disposition de l’article 18 § 3 du Règlement « ne saurait en aucun cas être interprétée comme imposant à la Commission d’ouvrir automatiquement l’accès au dossier à tout tiers qui serait entendu, à sa propre demande ou à l’initiative de la Commission, au cours de la procédure administrative. Il s’ensuit que dans la mesure où le syndicat en question ne relevait pas des “parties directement intéressées” par l’opération de concentration, au sens de l’article 18, paragraphe 3, il ne pouvait, en aucun cas, incomber à la Commission de lui proposer d’accéder au dossier »¹⁵⁷⁴. De la sorte, la Commission peut décider de donner aux tiers l’accès à certains documents¹⁵⁷⁵; mais elle n’est tenue à aucune obligation. Sans doute cette restriction est-elle pour partie liée à l’importance que revêtent les secrets d’affaires¹⁵⁷⁶ et la rapidité de la procédure¹⁵⁷⁷ en cette matière. Il n’est pas interdit, pourtant, d’envisager des solutions de compromis plus équitables¹⁵⁷⁸.

551. Les tiers ne sauraient prétendre bénéficier des droits de la défense¹⁵⁷⁹. Les justifications invoquées sont celles qui prévalent également en droit de la concurrence¹⁵⁸⁰. Mais, de plus, la consécration d’une protection procédurale étendue au profit des tiers s’accorde mal avec la rapidité et flexibilité de la matière. On a bien pu demander un alignement des droits des tiers sur les droits des plaignants en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles¹⁵⁸¹. Mais le Tribunal a estimé « qu’aucune analogie ne peut être effectuée entre les droits des tiers et les droits des plaignants, dans le cadre du règlement n° 17, ni, à plus forte raison, entre les dispositions de l’article 15 du règlement n° 2367/90 [¹⁵⁸²] et l’article 6 du règlement n° 99/63 [¹⁵⁸³] »¹⁵⁸⁴.

B. Les tiers dans les procédures de contrôle des aides et des entreprises publiques

552. Le principe veut que la procédure se résume à un dialogue entre Etat et Commission. Tout se déroule comme s’il s’agissait d’un dialogue « quasi-politique » entre les deux parties. De là un rapprochement avec la procédure du recours en manquement qui oppose la Commission à un Etat-membre¹⁵⁸⁵. Dans un système ainsi compris, il semble que l’objet du litige soit l’affaire

¹⁵⁷³ TPICE, 27 avril 1995, T-96/92, pt 49, II-1238.

¹⁵⁷⁴ Ibid., pt 64, II-1244.

¹⁵⁷⁵ N. KONTOU, *The Rights of Defence under Merger Regulation*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 63.

¹⁵⁷⁶ L. IDOT, *op. cit.*, 121-143.

¹⁵⁷⁷ F.-C. JEANTET, *Le rôle préventif du contrôle communautaire des opérations de concentrations*, Dalloz, 1991, Chron., 5.

¹⁵⁷⁸ Voy. G. KARYDIS, *Le contrôle des concentrations entre entreprises en vertu du règlement 4064/89 et la protection des intérêts légitimes des tiers*, CDE, 1997, 99-100.

¹⁵⁷⁹ N. KONTOU, *op. cit.*, 62.

¹⁵⁸⁰ Ibid., 64. La procédure est inquisitoriale, elle vise l’intérêt public, donc la répression de l’entreprise poursuivie ou négociation informelle.

¹⁵⁸¹ G. KARYDIS, *op. cit.*, 136.

¹⁵⁸² Art. 16 du Règlement 447/98.

¹⁵⁸³ Art. 6 du Règlement 2842/98.

¹⁵⁸⁴ TPICE, 27 novembre 1997, *Kayserberg/Commission*, T-290/94, pt 121, II-2189.

¹⁵⁸⁵ Aux yeux de la Commission, ces deux contrôles constituent « une forme particulière du pouvoir d’action plus général prévu par la Commission par l’article 169 du traité CE » (en matière d’aides, TPICE, 22 mai 1996,

exclusive des autorités étatiques, et que ni les bénéficiaires ni les autres tiers n'aient à y voir. Cela ne signifie pas que les tiers sont totalement niés; en matière d'aides, le traité prévoit même leur intervention. Ils ne sont convoqués que pour éclairer la Commission.

553. En vertu de l'article 88 § 2 CE, les tiers intéressés sont mis en demeure de présenter leurs observations à la Commission. En fait, le nouveau règlement consacre une distinction établie dans la pratique entre l'Etat membre concerné, destinataire de la décision de la Commission, et les tiers, qui sont des « parties intéressées », comprenant « tout Etat membre et toute personne, entreprise ou association d'entreprises dont les intérêts pourraient être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier le bénéficiaire de celle-ci, les entreprises concurrentes et les associations professionnelles »¹⁵⁸⁶. Il reconnaît la nécessité « de déterminer toutes les possibilités offertes aux tiers pour défendre leurs intérêts dans les procédures concernant les aides d'Etat »¹⁵⁸⁷. Mais, à cet égard, les deux phases de la procédure doivent être distinguées.

1. La phase préliminaire

554. Durant cette phase, les tiers sont privés du droit d'être informé et de s'exprimer.

a) Le droit d'information

555. La Cour a jugé que « l'article 93, paragraphe 3, du traité n'exige pas que la notification à la Commission, par un Etat membre, de projets tendant à instituer ou à modifier des aides soit immédiatement portés à la connaissance de tout intéressé, une telle obligation incombant à la seule Commission lorsque celle-ci ouvre la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 2 »¹⁵⁸⁸. La raison en est pratique: une communication systématique permettant aux tiers, comme en matière de concentrations, de présenter leurs observations dès cette première phase, pourrait retarder la prise de décision, qui est enfermée dans des délais très stricts. La solution est pourtant insatisfaisante, car « il n'existe aucune forme de publicité qui mette les tiers au courant du fait que la Commission a ouvert, en ce qui concerne une aide déterminée, une procédure d'examen préliminaire. Au contraire, de par les finalités qui la caractérisent, celle-ci se déroule normalement *sans* la participation des tiers. La participation de ces derniers, si elle se produit,

AITEC/Commission, T-277/94, pt 26, II-365; en matière de respect des règles de concurrence par les entreprises publiques, CJCE, 20 février 1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission*, C-107/95 P, pt 22, I-963; voy. cependant les conclusions La Pergola, I-953-956.). Aux fins d'une affaire *France/Commission*, la Cour a elle-même jugé que la voie du contrôle des aides prévue à l'article 88 § 2 « n'est qu'une variante du recours en manquement, adaptée de manière spécifique aux problèmes particuliers que présentent les aides étatiques pour la concurrence dans le marché commun » (CJCE, 14 février 1990, *France/Commission*, C-301/87, pt 23, I-357, I-307). Il résulte de « l'économie » de l'article 226 du traité que « la Commission n'est pas tenue d'engager une procédure au sens de cette disposition, mais qu'à cet égard elle dispose au contraire d'un pouvoir discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de cette institution qu'elle prenne position dans un sens déterminé » (CJCE, 14 février 1989, *Star Fruit/Commission*, aff. 247/87, pt 11, Rec. 301).

¹⁵⁸⁶ CJCE, 14 novembre 1984, *Intermills/Commission*, aff. 323/82, pts 16-17, Rec. 3826. Art. 1 h) du Règlement 659/99.

¹⁵⁸⁷ Cons. 16. du Règlement 659/99.

¹⁵⁸⁸ CJCE, 9 octobre 1984, *Heineken Brouwerijen/Inspecteurs der Vennootschapsbelasting à Amsterdam et à Utrecht*, aff. jtes 91 et 127/83, pt 15, Rec. 3452.

dépend de la circonstance, purement fortuite, qu'ils aient eu connaissance par ailleurs de l'aide et entrepris des démarches auprès de la Commission »¹⁵⁸⁹. De ce point de vue, les personnes qui sont de fait les mieux informées seront privilégiées. Plus difficile sera la situation des tiers ne s'étant pas manifestés. Le nouveau règlement apporte une amélioration en prévoyant la publication succincte des décisions prises au terme de la phase préliminaire¹⁵⁹⁰.

556. L'une des manières de prendre connaissance de l'aide est le dépôt d'une plainte. Le nouveau règlement consacre cette possibilité en son article 20 § 2. Sans doute est-ce un progrès notable. Depuis un certain temps déjà, la Commission avait précisé qu'elle considérait les demandes provenant aussi bien de « particuliers s'élevant contre le gaspillage de l'argent des contribuables que des concurrents des entreprises supposées bénéficier d'aides » comme de véritables *plaintes*¹⁵⁹¹. Ce droit n'est apparemment entaché d'aucune restriction¹⁵⁹². De plus, le règlement précise que, « lorsque la Commission estime, sur la base des informations dont elle dispose, qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas, elle en informe la partie intéressée »¹⁵⁹³. Cette obligation est conforme à un « devoir de bonne administration »¹⁵⁹⁴. Mais il n'existe pas de décision formelle de rejet de plainte dans le domaine des aides d'Etat. En cas de rejet, le plaignant ne dispose pas de la possibilité de formuler des observations¹⁵⁹⁵. Si, en revanche, la Commission prend une décision sur ce cas, elle envoie une copie de la décision à la partie intéressée¹⁵⁹⁶.

b) Le droit d'expression

557. Suivant cette même logique, la Cour a jugé que « l'un des traits principaux qui différencie la phase d'examen de l'article 93, paragraphe 2, de la phase préliminaire de l'article 93,

¹⁵⁸⁹ Conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire *Cook/Commission* (C-198/91), § 43, I-2512.

¹⁵⁹⁰ Art. 26 § 1 du Règlement 659/99. Cette disposition tranche avec la pratique antérieure qui ne prévoyait qu'une cartouche au JO intervenant tardivement (L. GYSELEN, *La transparence en matière d'aides d'Etat: les droits des tiers*, CDE, 1993, 431). Il est également possible d'obtenir copie de toute décision prise durant cette phase (art. 4. 2 et 3, art 20), qui sont publiées (art 26.1), mais seulement dans la langue faisant foi, ce qui peut en rendre l'accès effectif difficile.

¹⁵⁹¹ Cf. Commission des C.E., *Guide des procédures applicables en matière d'aides d'Etat*, Communication de la Commission aux Etats membres, IV/76/94, in *DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Vol. IIA, 1995, § 6, 53.

¹⁵⁹² Ibid. La Commission précise qu'elle « répond, après les avoir examinées, à toutes les plaintes » (Cf. Communication de la Commission, JOCE 1989, C 26/7).

¹⁵⁹³ Répondant, ainsi, au souhait de la Cour exprimé dans l'affaire *Sytraval*: « même si l'on peut regretter que la Commission n'ait pas informé les plaignantes de sa position en leur envoyant copie de la décision dûment motivée adressée à l'Etat membre concerné, le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que la décision litigieuse [inexistence de l'aide] n'avait pas pour destinataire cet Etat mais qu'elle constituait une décision adressée aux plaignantes... » (CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, pt 46, I-1766).

¹⁵⁹⁴ En ce sens, TPICE, 17 juin 1999, *ARAP e.a./Commission*, T-82/96, pt 28, II-1905.

¹⁵⁹⁵ Il aura cependant la possibilité d'intenter un recours contre la décision de la Commission adressée à l'Etat membre concerné (TPICE, 17 juin 1999, *ARAP/Commission*, T-82/96, pt 28, II-1905). Cette possibilité pourra se fonder sur la reconnaissance de garanties procédurales aux tiers dans la phase II (CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, pt 47, I-1766); et voir, en général, A. WINCKLER, *La procédure de contrôle des aides d'Etat devant la Commission. Vers un statut du plaignant?*, in *LES AIDES D'ETAT EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, l'aculté de droit de l'Université de Liège, Bruylant, Bruxelles, 1999, 255-286.

¹⁵⁹⁶ Art. 20 § 2 du Règlement 659/99.

paragraphe 3, réside dans l'absence, lors de cette phase initiale, de toute obligation pour la Commission de mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations avant de prendre sa décision »¹⁵⁹⁷. La Commission peut décider de prendre connaissance du point de vue du tiers, notamment du plaignant, lorsqu'il s'agit d'aides non notifiées¹⁵⁹⁸. Mais, en droit, il n'existe pas d'obligation d'engager un débat contradictoire avec le plaignant à ce stade de la procédure¹⁵⁹⁹.

2. La procédure d'examen

558. La décision d'ouvrir la procédure d'examen prévue à l'article 88 § 2 est adressée à l'Etat membre concerné¹⁶⁰⁰. Dès lors, toute personne intéressée autre que l'Etat membre concerné doit être considérée comme tiers à la procédure. C'est notamment le cas du bénéficiaire de l'aide. Le postulat est que les intérêts de l'entreprise bénéficiaire sont identiques à ceux de l'Etat membre concerné. Que celle-ci soit appelée à collaborer avec l'Etat membre concerné ou avec la Commission, il n'y a pas d'obstacle de droit à l'admettre¹⁶⁰¹. Mais la réglementation ne lui accorde aucune position privilégiée, en tant que « destinataire des décisions de la Commission »¹⁶⁰². On conçoit que cette réglementation ait pu être critiquée¹⁶⁰³. Si le bénéficiaire est entendu, ce ne sera donc qu'au titre d'une personne bien informée, et non comme une partie à protéger¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹⁷ CJCE, 20 mars 1984, *Allemagne/Commission*, aff. 84/82, pt 13, Rec. 1488.

¹⁵⁹⁸ L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1999, 140. C'est d'ailleurs ce que laisse entendre la lettre du nouveau règlement, qui prévoit que « lorsque la Commission a en sa possession des informations concernant une aide prétendue illégale, quelle s'en soit la source, elle examine ces informations sans délai » (Article 10 § 1).

¹⁵⁹⁹ CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, pt 59, I-1769.

¹⁶⁰⁰ Art. 4 § 4 et art. 25 du Règlement 659/99.

¹⁶⁰¹ D'autant plus que la récupération des aides versées peut être exigée; v. A. HOUTMAN, *Les droits de la défense dans les procédures en matière d'aides d'Etat. Le point de vue administratif*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 77.

¹⁶⁰² Voy. cependant J. AZIZI, *Droits de la défense dans la procédure en matière d'aides d'Etat: le point de vue judiciaire*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 100. L'auteur-juge semble mettre l'Etat et le bénéficiaire sur le même plan en ce qui concerne le droit d'accès au dossier.

¹⁶⁰³ H. LEHMAN, *Les droits de la défense de l'entreprise bénéficiaire d'une aide d'Etat*, *Gaz. Pal.*, 3 décembre 1996, 1471-1477; voy. la proposition de l'Association Européenne des Avocats (T. MÜLLER-IBOLD, *The AEA Proposal for a Regulation on State Aid Procedure*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 183-231).

¹⁶⁰⁴ Cependant, n'étant pas destinataire, il en résulte également que le bénéficiaire d'une aide qui ne vérifie pas si celle-ci a été notifiée à la Commission n'est pas susceptible de voir sa responsabilité engagée devant les juridictions nationales sur la seule base du droit communautaire (CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, pts 72 à 76, I-3598-3599). Notons que la problématique est la même dans les procédures d'application de l'article 86. Dans ses conclusions sur l'affaire *Pays-Bas/Commission* présentées le 16 octobre 1991, l'avocat général Van Gerven conclut, *a contrario*, du texte de l'article 88 § 2, que la Commission n'a pas l'obligation formelle d'entendre les entreprises bénéficiaires avant de prendre sa décision dans le cadre de l'article 86 § 3 (§ 14, [1992] I-600). Dans son arrêt, la Cour se fonde au contraire sur le principe fondamental des droits de la défense, dont le respect doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique (CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas e.a./Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-66/90, pt 44, I-638-639). Il n'en résulte pas, cependant, que le principe s'applique de la même façon à l'Etat membre en cause et aux « bénéficiaires directs de la mesure étatique ». Tandis que ce principe exige que l'Etat membre destinataire se voie communiquer, avant l'adoption de la décision, un exposé complet des griefs et soit en mesure de faire valoir son point de vue sur les observations présentées par les tiers intéressés, les entreprises bénéficiaires ne disposent que du droit d'être entendues (pts 45 à 51, I-639-640). En conséquence, elles ne peuvent se prévaloir d'aucun droit à l'information. Encore doivent-

559. La liste prévue à l'article 1 du nouveau règlement est purement indicative: ainsi il n'est pas exclu que « des organismes représentant les travailleurs de l'entreprise bénéficiaire d'une aide puissent, en tant qu'intéressés au sens de l'article 93, paragraphe 2, du traité, présenter à la Commission leurs observations sur des considérations d'ordre social susceptibles, le cas échéant, d'être pris en compte »¹⁶⁰⁵. Mais elle n'est pas illimitée¹⁶⁰⁶. Encore faut-il être « intéressé »¹⁶⁰⁷. Ainsi, on ne peut admettre que « tout contribuable est un intéressé au sens de l'article 93, paragraphe 2, du traité, par rapport à une aide financée au moyen des ressources fiscales générales d'un Etat membre »¹⁶⁰⁸.

560. La décision d'ouverture fait l'objet d'une publication au JOCE dans la version linguistique faisant foi accompagné d'un résumé dans la langue de chaque JO publié¹⁶⁰⁹. Si, en toute hypothèse, une mise en demeure individuelle n'est pas exigée¹⁶¹⁰, tout partie peut, à sa demande, en obtenir copie¹⁶¹¹. Par cette décision, il est prévu que « la Commission invite l'Etat membre concerné et les autres parties intéressées à présenter leurs observations dans un délai déterminé, qui ne dépasse normalement pas un mois »¹⁶¹². La Commission pourra proroger ce délai, « dans des cas dûment justifiés ».

561. Cependant, cette participation est limitée. Car « les intéressés, loin de pouvoir se prévaloir des droits de la défense reconnus aux personnes à l'encontre desquelles une procédure est ouverte, disposent du seul droit d'être *associés* à la procédure administrative dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce »¹⁶¹³. Dès lors, « l'étendue des droits à la participation et à l'information dont disposent les intéressés dans le cadre de la procédure administrative engagée au titre de l'article 93, paragraphe 2, du traité peut se voir restreinte à un

elles démontrer qu'elles sont « les bénéficiaires directs », qu'elles sont « nommément désignées dans la loi nationale visée », qu'elles sont « explicitement désignées par la décision litigieuse », et surtout qu'elles « supportent *directement* les conséquences économiques de cette décision » (pt 50, I-640). Ces conditions restrictives sont susceptibles de poser des problèmes pour les entreprises, titulaires de droit spéciaux, qui ne seraient pas explicitement désignées. En effet, il est clair que « la participation des entreprises bénéficiaires de cette mesure ne repose pas seulement sur leur statut en droit national, mais sur leur intérêt direct »; seulement, cet intérêt spécifique est difficile à reconnaître, car les « régimes de propriété » économique sont en jeu ici (en ce sens, M. RANTALA & V. KRONENBERGER, *Les droits des tiers dans la procédure d'adoption des décisions de l'article 90, § 3, du traité instituant la Communauté européenne*, JTDE, 1997, 169-173)

¹⁶⁰⁵ TPICE (Ordonnance), 18 février 1998, *Comité d'entreprise de la Société française de production e.a./Commission*, T-189/97, pt 41, II-350 (II-335).

¹⁶⁰⁶ En général v. J.-P. KEPPE, *op. cit.*, not. n° 286-287.

¹⁶⁰⁷ CJCE, 14 novembre 1984, *Intermills/Commission*, aff. 323/82, pt 16, 3826.

¹⁶⁰⁸ TPICE, 16 septembre 1998, *Waterleiding Maatschappij/Commission*, T-188/95, pt 68, II-3735 (II-3713).

¹⁶⁰⁹ Art. 26 § 2 du Règlement 659/99. Voir, sur ce point, J.-P. KEPPE, *(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'Etat*, RMUE, 1998, 125-156.

¹⁶¹⁰ CJCE, 14 novembre 1984, *Intermills/Commission*, aff. 323/82, pt 17, Rec. 3827.

¹⁶¹¹ Art. 20 § 3 du Règlement 659/99.

¹⁶¹² Art. 6 § 1 du Règlement 659/99.

¹⁶¹³ TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et Bristish Midland Airways/Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, pt 60, II-2435 (nous soulignons); voir, en ce sens, TPICE, 22 octobre 1996, *Skibsværfsforeningen e.a./Commission*, T-266/94, pt 255, II-1470-1471. Voir, également, dans le cadre du traité CECA, TPICE, 24 octobre 1997, *British Steel/Commission*, T-243/94, pt 176, I-1955.

double titre »¹⁶¹⁴ : non seulement la Commission est en droit de ne pas divulguer d'informations couvertes par le secret professionnel, mais, bien davantage, celle-ci peut se borner à concentrer sa communication au Journal officiel sur les points du projets à l'égard desquels elle nourrit des doutes¹⁶¹⁵. En conséquence, « comme dans la phase préliminaire, les intéressés n'ont donc qu'une seule occasion d'exprimer leur point de vue. La seule différence est que dans la phase préliminaire, ils en prennent l'initiative alors que dans la phase contradictoire, ils y sont invités »¹⁶¹⁶.

562. Ainsi, plutôt que d'un droit reconnu aux tiers, il faudrait parler d'une *charge* incombant à l'administration communautaire. Elle l'accomplit dans l'intérêt d'une « bonne administration du marché commun ». Parce qu'une telle procédure permet non seulement de « donner aux autres Etats membres et aux milieux concernés la *garantie* de se faire entendre », mais aussi « à la Commission d'être complètement éclairée sur l'ensemble des données de l'affaire avant de prendre sa décision », « la Commission a le *devoir* de s'entourer de tous les avis nécessaires »¹⁶¹⁷. Les intéressés ont « le rôle de *sources d'information* pour la Commission dans le cadre de la procédure administrative engagée au titre de l'article 93 [88], paragraphe 2, du traité »¹⁶¹⁸. Ce rôle est d'autant plus important que la Commission ne dispose pas, ici, de pouvoirs d'enquête équivalents à ceux qui lui sont reconnus dans le cadre des articles 81 et 82.

563. Au total, les intéressés « n'occupent pas la position protégée de ceux qui disposent de l'intégralité des droits de la défense »¹⁶¹⁹. Seule, en effet, la motivation de la décision finale est préservée et même renforcée¹⁶²⁰ : « l'exigence de motivation d'une décision prise en matière d'aide d'Etat ne saurait être déterminée en fonction de l'intérêt d'information du seul Etat membre auquel cette décision est adressée. En effet, dans un cas où l'Etat membre a obtenu de la Commission ce qu'il sollicitait, à savoir l'autorisation de son projet d'aide, son intérêt à se voir adresser une décision motivée, à la différence de celui des concurrents du bénéficiaire de l'aide, peut n'être que réduit, en particulier lorsqu'il a reçu, au cours des négociations avec la Commission et notamment à travers la correspondance échangée avec cette dernière antérieurement à l'adoption de la décision d'autorisation, des renseignements suffisants »¹⁶²¹.

3. Le contrôle des entreprises publiques

564. Le contrôle des aides étatiques et le contrôle des entreprises publiques possèdent, au regard des règles de concurrence, une caractéristique commune : ils reposent sur un dialogue entre

¹⁶¹⁴ Ibid., pt 61, II-2435.

¹⁶¹⁵ Ibid., pt 62, II-2435. Inchangé dans le règl : article 6 § 1.

¹⁶¹⁶ L. GYSELEN, *op. cit.*, 432.

¹⁶¹⁷ CJCE, 20 mars 1984, *Allemagne/Commission*, aff. 84/82, pt 13, Rec. 1488-1489 (nous soulignons); CJCE, 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, pt 29, I-2529.

¹⁶¹⁸ TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et Bristish Midland Airways/Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, pt 59, II-2435 (nous soulignons).

¹⁶¹⁹ M.-A. HERMITTE, *Chronique de jurisprudence*, JDI, 1999, 603.

¹⁶²⁰ TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et Bristish Midland Airways/Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, pt 64, II-2436.

¹⁶²¹ Ibid., pt 92, II-2447.

la Commission et l'Etat concerné. Mais, à la différence du droit du contrôle des aides, ce droit n'est toujours pas réglementé. Ainsi s'explique le caractère incertain et lacunaire des règles concernant les tiers, en cette matière. Il y avait, à vrai dire, de bonnes raisons d'introduire un règlement de procédure dans un contentieux des aides sans cesse croissant; de bonnes raisons aussi pour maintenir la matière répressive de l'article 86 § 3 en l'état, alors que cette voie paraît vouée à disparaître¹⁶²². De manière générale, les règles sont communes dans ces deux procédures. La jurisprudence transpose les solutions qu'elle applique aux aides.

565. Il semble que le dépôt d'une plainte est ouvert à toute personne. Mais « l'exercice du pouvoir d'appréciation de la compatibilité des mesures étatiques avec les règles du traité, conféré par l'article 90, paragraphe 3, du traité, n'est pas assorti d'une obligation d'intervention de la part de la Commission, susceptible d'être invoquée aux fins de faire constater une carence éventuelle de celle-ci »¹⁶²³. En outre, une entreprise concurrente directe de l'entreprise bénéficiaire ne saurait non plus prétendre, sur la base de sa seule participation à l'enquête de la Commission, au statut de tiers individuellement concerné recevable à attaquer en annulation le refus d'agir de la Commission: « faute pour les règlements n° 17 et n° 99/63, ou toute autre disposition similaire, de trouver application dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs que la Commission tient des dispositions de l'article 90, un opérateur économique ne saurait prétendre aux droits procéduraux accordés aux intéressés par ces règlements »¹⁶²⁴. Le droit de l'article 86 § 3 apparaît ainsi beaucoup plus restrictif pour les plaignants que le droit des articles 81 et 82 du traité. On peut en chercher l'explication dans le fait que les comportements susceptibles d'être condamnés sont des mesures étatiques, et non de simples comportements d'opérateurs privés¹⁶²⁵. De manière générale, la participation à la procédure administrative est réservée aux seuls « tiers intéressés » et leurs droits sont réduits¹⁶²⁶.

§ III. L'INFORMATION DES PARTIES INTERESSEES ET DES TIERS EN MATIERE D'ANTIDUMPING

¹⁶²² Sur ce point, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90, § 3, du traité de Rome*, RMC, 1994, 601-610.

¹⁶²³ TPICE, 27 octobre 1994, *Ladbroke/Commission*, T-32/93, pt 38, II-1031-1032. En l'espèce, la plaignante est le concurrent direct de l'entreprise bénéficiaire de la mesure nationale. Nonobstant ce caractère manifeste d'intéressée, le Tribunal juge que la requérante n'est pas recevable à exiger que la Commission prenne position sur sa demande, sinon par une décision susceptible de recours, du moins par une lettre similaire à celle prévue à l'article 6 du Règlement 99/63 (Argument des requérantes, pt 33, II-1030).

¹⁶²⁴ TPICE, 27 octobre 1994, *Ladbroke/Commission*, T-32/93, pt 43, II-1033-1034.

¹⁶²⁵ M. RANTALA & V. KRONENBERGER, *op. cit.*, 172. Voir, également, les conclusions de l'avocat général La Pergola présentées le 11 juillet 1996 dans l'affaire *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission*, C-107/95 P, I-953-956.

¹⁶²⁶ Même s'ils n'ont pas encore reçu dans ce domaine beaucoup de précisions. Voy. cependant CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas e.a./Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-66/90, pt 46, I-639: le principe des droits de la défense exige que l'Etat membre en cause « soit mis en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les observations présentées par les tiers intéressés » (nous soulignons).

566. Dans les procédures antidumping, la plainte joue un rôle essentiel. Dans l'examen de la plainte, la Commission dispose d'un large pouvoir discrétionnaire¹⁶²⁷. En contrepartie, les plaignants disposent de certaines garanties procédurales¹⁶²⁸. En cas de rejet de la plainte, la Commission a l'obligation d'en informer le plaignant. Celui-ci dispose alors d'un droit de recours à l'encontre de cette décision¹⁶²⁹.

567. Dès l'ouverture de la procédure, les « parties intéressées » peuvent se faire connaître et présenter leur point de vue par écrit¹⁶³⁰. Les participants à l'enquête sont nombreux. Peuvent être regardés comme tiers à la procédure les parties autres que « les exportateurs, les importateurs, ainsi que les associations représentatives des importateurs ou exportateurs notoirement concernés, de même que les représentants du pays exportateurs et les plaignants »¹⁶³¹. A condition d'en faire la demande écrite, de témoigner d'un intérêt spécial au résultat et de « raisons particulières », les parties intéressées sont entendues¹⁶³². De manière générale, la procédure témoigne d'une grande ouverture. Sous réserve de son pouvoir d'appréciation, la Commission pourra décider d'entendre toute personne qui est susceptible de lui apporter des informations utiles¹⁶³³. Vraisemblablement, l'étendue de la participation tient à la fois au nombre d'intérêts impliqués et aux pouvoirs d'enquête limités de la Commission, dans une matière impliquant des entreprises extra-communautaires. Ainsi, selon le Tribunal, l'article 21 du règlement de base, relatif à l'intérêt de la Communauté, « instaure un "système administratif"[¹⁶³⁴] destiné à permettre à l'industrie communautaire, aux utilisateurs et aux consommateurs de faire connaître leur point de vue afin que les institutions puissent déterminer, en appréciant tous les intérêts en jeu pris dans leur ensemble, s'il est de l'intérêt de la Communauté que des mesures soient prises, et à fixer des droits à l'information de ces parties »¹⁶³⁵. Il en résulte un fort besoin d'information et l'organisation d'une procédure de style nettement contradictoire¹⁶³⁶.

¹⁶²⁷ CJCE, 4 octobre 1983, *FEDIOL/Commission*, aff. 191/82, pt 26, Rec. 2934.

¹⁶²⁸ Ibid., pt 30, Rec. 2935.

¹⁶²⁹ Ibid., pt 31, Rec. 2936.

¹⁶³⁰ Art. 5 § 11 du Règlement 384/96.

¹⁶³¹ Ibid. A propos du processus de collecte et de divulgation d'informations, la Cour a précisé que « l'expression "parties concernées par l'enquête", contenue à l'article 7, paragraphe 4, sous a), du règlement n° 3017/79, doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend non seulement les parties contre lesquelles l'enquête est dirigée, mais également celles dont les informations ont servi, comme en l'espèce, à calculer la valeur normale des produits en cause, ces informations étant tout aussi pertinentes pour la défense des intérêts des plaignants que celles émanant des entreprises, pratiquant le dumping » (CJCE, 20 mars 1985, *Timex/Conseil et Commission*, aff. 264/82, pt 25, Rec. 869).

¹⁶³² Art. 6 § 5 du Règlement 384/86.

¹⁶³³ En dehors même des personnes qui ont le droit de consulter le dossier non confidentiel désignées à l'article 5 (Cf. C. STANBROOK & P. BENTLEY, *DUMPING AND SUBSIDIES. The Law and Procedures Governing the Imposition of Anti-dumping and Countervailing Duties in the European Community*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, 171).

¹⁶³⁴ Cf. § 30 du Préambule du Règlement 384/96.

¹⁶³⁵ TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub et Republica/Conseil*, aff. jtes T-33/98 et T-34/98, pt 204, II-3903. Sur requête des exportateurs, il poursuit ainsi : « le fait que l'article 21, paragraphes 3, 4 et 6, accorde aux parties qu'il mentionne un droit spécifique d'être entendues sur l'intérêt de la Communauté ne signifie pas que cette disposition a pour effet de priver les autres personnes intéressées, et notamment les exportateurs, du droit d'être entendues sur ce point dans le cadre de l'article 20, paragraphes 1 et 2 ».

¹⁶³⁶ En ce sens, les garanties de procédure accordées aux plaignants « ont manifestement pour but de permettre à la Commission de décider de la suite de la procédure avec une connaissance aussi exacte que possible des

Cela ne veut pas dire que l'ouverture soit illimitée. Cette procédure a aussi ses tiers exclus. On s'en convaincra en évoquant ici deux affaires impliquant le Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC).

A. L'intérêt au résultat

567. Le premier arrêt *BEUC* date du 28 novembre 1991¹⁶³⁷. Il est rendu sous l'empire du Règlement 2423/88¹⁶³⁸. Dans cette affaire, le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) souhaite prendre connaissance du dossier de la Commission. Il n'a ni le statut de plaignant ni le statut de victime. Est-il en droit de bénéficier des garanties des droits de la défense? D'un avis négatif est l'avocat général Mischo: « en l'espèce, la procédure antidumping n'est pas ouverte "à l'encontre" du BEUC et n'est pas susceptible d'aboutir à un acte "faisant grief" à celui ci »¹⁶³⁹. Dès lors, affirmer que, « puisque les intérêts des consommateurs font partie des intérêts de la Communauté, la Commission ne pourrait pas valablement déterminer l'intérêt communautaire sans leur permettre de présenter et de défendre leurs intérêts légitimes au cours de la procédure » n'est pas un argument recevable¹⁶⁴⁰. Selon la Cour, « il convient de rappeler que la procédure antidumping et antisubventions et les mesures de défense éventuelles adoptées à son issue sont dirigées contre les importations de certains produits sur lesquelles pèsent des *accusations* de pratique de dumping ou de subventions de la part de producteurs et exportateurs étrangers ou de pays tiers ainsi que, le cas échéant, d'importateurs »¹⁶⁴¹.

568. S'il ne dispose pas des droits de la défense, on peut supposer qu'il bénéficie de la possibilité d'être entendu, au titre de tiers intéressé à la procédure. *Mais, pour être « intéressé », il semble du moins qu'il faille être "intéressant"*. Comme le BEUC n'a pas démontré qu'il existait « des raisons particulières de l'entendre oralement », une autodéclaration d'intérêt ne suffisait pas. Ne faisant pas partie des parties « directement concernées », la Commission demeure souveraine pour l'admettre dans la procédure. Certes, la Commission pouvait « trouver opportun de leur soumettre un document ». Mais, pour justifier le droit d'être entendue, il fallait que l'organisation démontrât qu'elle pouvait être considérée « comme une partie intéressée susceptible d'être concernée par le résultat ». Or, « il n'est a priori guère probable qu'une telle organisation soit en mesure d'apporter des précisions sur l'existence d'un dumping »¹⁶⁴². Qu'elle n'ait pas été en mesure de fournir des informations sur les prix, sur la composition des coûts de production, etc., tel semble avoir été le point déterminant¹⁶⁴³. Dès lors, « il appartient au

données se rapportant à la subvention et au préjudice » (Conclusions de l'avocat général Rozès dans l'affaire *FEDIOL/Commission* (191/82), [1983] Rec. 2948).

¹⁶³⁷ CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC/Commission*, C-170/89, I-5709.

¹⁶³⁸ JOCE 1988, L 209/1.

¹⁶³⁹ Conclusions de l'avocat général Mischo, § 9, [1991] I-5727.

¹⁶⁴⁰ Ibid., § 12, I-5728.

¹⁶⁴¹ Ibid., pt 20, I-5741 (nous soulignons).

¹⁶⁴² Ibid., Conclusions de l'avocat général Mischo, § 32, I-5733.

¹⁶⁴³ C'est ce que relèvent justement les arrêtistes de la *Common Market Law Review*: « *In fact, a aspect which remained under-exposed in BEUC is that a consumer organization cannot substantially contribute or add elements concerning the key elements of the case (such as exfactory prices, the composition costs of a product,*

législateur communautaire de considérer si le règlement antidumping de base devrait accorder à une association représentant les intérêts des consommateurs le droit de consulter le dossier non confidentiel »¹⁶⁴⁴.

B. L'intérêt à la procédure

569. En 1995, le législateur communautaire accédait aux vœux de la Cour, en application des nouvelles dispositions du Code antidumping adopté dans le cadre du GATT en 1994. Ce dernier prévoyait la possibilité pour les organisations de consommateurs représentatives de fournir des renseignements et d'accéder à la procédure. Il assortissait cette possibilité de la condition suivant laquelle le produit est vendu couramment au stade du commerce de détail. Mais il laissait ouverte la possibilité d'inclure d'autres parties. Le Règlement 3283/94 devait inclure pour la première fois les organisations de consommateurs en tant que parties intéressées, mais sans faire état de cette condition¹⁶⁴⁵. La même disposition figure dans le Règlement 384/96.

570. Or, en 1997, le BEUC se voyait confronté à un nouveau refus de la Commission d'être reconnu en tant que partie intéressée et d'être autorisé à prendre connaissance de la plainte et des renseignements fournis par une enquête concernant les importations de tissus de coton écrus en provenance de divers pays d'Asie¹⁶⁴⁶. Selon la Commission, les produits en cause n'intéressaient pas le commerce de détail. En tout état de cause, le « requérant ne serait pas en mesure de fournir à la Commission les informations quantifiables et suffisamment fondées sur l'intérêt de la Communauté qu'exige l'article 21, ni des informations supplémentaires par rapport à celles que d'autres parties intéressées lui communiquent »¹⁶⁴⁷. Cette fois-ci, le raisonnement du Tribunal est exemplaire. En premier lieu, « la Commission est fondée à interpréter le règlement de base à la lumière du code antidumping »¹⁶⁴⁸. Celui-ci, cependant, « n'oblige en rien le législateur communautaire à imposer cette même condition [concernant le commerce de détail] s'il décide d'étendre le cercle des "parties intéressées" »; « à cet égard, il est évident que le législateur communautaire a expressément décidé de ne pas adopter cette distinction »¹⁶⁴⁹. Dès lors, « le Tribunal estime que, afin d'être considérée comme une partie intéressée aux fins d'une procédure antidumping, il est nécessaire de prouver qu'un lien objectif existe entre ces activités, d'une part, et le produit soumis à la procédure, d'autre part »¹⁶⁵⁰. Il en résulte que « la Commission ne saurait

export prices, etc.). These are exactly the kind of elements which the complainant, importers and exporters are able to furnish, to assess and to comment on the non-confidential files. In this, they distinguish themselves fundamentally from other parties which may also be interested in the proceeding. These other parties have the opportunity to comment at a hearing in accordance with Article 7(5) of the Basic Regulation on several issues, but they are not in a position to scrutinize and to comment on the substantial technicalities of the case » (E.A. VERMUSLT & J. HOOIJER, CMLR, 1993, 160).

¹⁶⁴⁴ Ibid., pt 30, I-5743.

¹⁶⁴⁵ JOCE 1994, L 349/1.

¹⁶⁴⁶ TPICE, 27 janvier 2000, BEUC/Commission, T-256/97, nep.

¹⁶⁴⁷ Ibid., pt 52.

¹⁶⁴⁸ Ibid., pt 67.

¹⁶⁴⁹ Ibid., pts 71 et 72.

¹⁶⁵⁰ Ibid., pt 75.

exclure les organisations de consommateurs d'une procédure antidumping sans leur fournir l'opportunité de démontrer en quoi elles pourraient être intéressées par le produit en cause »¹⁶⁵¹.

571. Ce qui est remarquable, c'est que la participation semble fondée sur « l'objet de la procédure », et non plus sur son « résultat »¹⁶⁵². Dès lors, une exclusion n'est plus aisément justifiable. Ainsi, « l'argument de la Commission, selon lequel une organisation de consommateurs n'est pas en mesure de lui fournir des informations utiles concernant des produits qui ne sont pas couramment vendus au stade du commerce du détail, ne peut donc être retenu. En tout état de cause, il convient de constater que, si les informations fournies dans un cas spécifique ne sont pas appropriées ou utiles, elle a toujours la faculté de ne pas les prendre en considération »¹⁶⁵³. Resterait à voir si l'usage de cette faculté est soumise à l'obligation de motivation. En tout cas, la ligne de partage entre parties intéressées et tiers s'est déplacée. Cela ne signifie pas qu'il n'y a plus de tiers exclus dans ces procédures. Mais le cercle des « parties notoirement intéressées » s'est élargi.

572. **Conclusion.** L'analyse démontre que la protection procédurale des tiers est ambiguë. Elle se ramène essentiellement à deux conceptions. Tantôt, suivant les principes d'une procédure inquisitoriale et objective, on voit dans les garanties accordées aux tiers un instrument au service de l'objectif initial, la politique de concurrence: leur participation sera utile pour *éclairer* la Commission sur les faits et les enjeux de l'affaire; on distingue ainsi les droits de la défense du droit d'être associé reconnu à certains tiers. Tantôt on fait des droits procéduraux des tiers une émanation des droits fondamentaux de la défense: la participation est jugée utile du seul point de vue des *intérêts affectés* par la décision¹⁶⁵⁴. Il est bien évident que ces deux conceptions interfèrent souvent l'une avec l'autre et avec d'autres facteurs, dans les argumentations des parties et dans les jugements¹⁶⁵⁵. Dans les procédures de contrôles des aides et des entreprises publiques, la présence de l'Etat dans la procédure ajoute certainement à la difficulté d'admettre la seconde conception¹⁶⁵⁶.

573. De ces deux systèmes, le premier a l'avantage d'assurer une gestion efficace et la prépondérance de l'intérêt public. En revanche, il est incapable d'entendre les nécessités juridiques et pratiques de la participation des tiers¹⁶⁵⁷. Dans cette hypothèse, les intérêts des tiers ne peuvent être pris en compte qu'au titre de l'intérêt ou de la bonne volonté de l'administration.

¹⁶⁵¹ Ibid., pt 77.

¹⁶⁵² Ibid., pt 74.

¹⁶⁵³ Ibid., pt 82.

¹⁶⁵⁴ Rappelons que c'est la conception qui a prévalu dans la jurisprudence *Sytraval* (TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, II-2651). Pour l'analyse, §§ 461 et ss.

¹⁶⁵⁵ Insistant en général sur une distinction stricte entre « droits de la défense » et « droits procéduraux des tiers », il arrive au Tribunal de s'appuyer sur les droits de la défense reconnus aux tiers plaignants (TPICE, 14 mai 1997, *VGB e.a./Commission*, T-77/94, II-788). De même en matière de concentrations, CJCE, 31 mars 1998, *France e.a./Commission*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, pt 156 et 174, I-1498-1503.

¹⁶⁵⁶ Voir M. NOLIN, *Les droits des plaignants dans le secteur des aides d'Etat*, in *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, AEA, Bruylant, Bruxelles, 1997, 141-151.

¹⁶⁵⁷ En ce sens. Assemblée Nationale (Rapport d'information), *Les aides d'Etat en droit communautaire*, n° 3107, 1996, 35.

La participation des tiers se réduit aux exigences d'une « bonne administration ». Dans les procédures communautaires, c'est ce système qui a été choisi. Il en résulte un divorce, opéré par le juge, entre les droits des tiers et les droits de la défense. Mais cette opération ne s'est pas produite sans une compensation. Celle-ci réside dans la garantie juridictionnelle du recours, qu'il nous faut étudier à présent.

SECTION II. LE DROIT AU RECOURS DES TIERS

574. « Toute personne physique ou morale peut former (...) un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ». Au terme de l'article 230 al. 4 CE, le recours des destinataires des décisions de la Commission est de droit¹⁶⁵⁸. Le problème de la recevabilité des tiers suscite en revanche trois questions.

575. La première concerne la *nature de l'acte* attaqué. Constituent, au sens du Tribunal, des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation « les mesures produisant des effets juridiques obligatoires, de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci »¹⁶⁵⁹. La deuxième question concerne le *lien direct* avec la décision. Par ce critère, « il importe de savoir si cette décision est la cause directe d'un effet quelconque à l'égard de cette personne »¹⁶⁶⁰. On a pu dire que ce critère dépend du degré de discrétion accordée au destinataire de l'acte. Il faudrait à cet égard distinguer entre les actes adressés à des personnes privées et les actes adressés aux Etats. Certains arrêts de la Cour ont pu accréditer une telle distinction¹⁶⁶¹. Mais l'évolution de la jurisprudence ôte toute incertitude: ce qui est décisif est le lien direct entre la situation du requérant et l'acte en cause¹⁶⁶². Ainsi, une décision adoptée en matière d'aides à l'adresse d'un Etat membre produit un effet direct à l'égard

¹⁶⁵⁸ Sur la question de la recevabilité en général et les distinctions entre capacité, intérêt et qualité pour agir en droit judiciaire communautaire, v. F. PICOD, *Recevabilité*, in *DICTIONNAIRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES*, A. Barav & C. Philip (éd.), PUF, Paris, 1993, 886-895.

¹⁶⁵⁹ TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, pt 43, II-149. Voir, pour une synthèse sur la question, dans cette perspective, K. LENAERTS, *Procedures and Sanctions in Economic Administrative Law*, in *17. F.I.D.E. KONGRESS*, J. Schwarze (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1997. Pour des détails, en matière de pratiques anticoncurrentielles, C.S. KERSE, *EC ANTITRUST PROCEDURE*, Sweet & Maxwell, London, 3rd ed., 1998, § 9.06; en matière de contrôle des concentrations, C.S. KERSE & C.J. COOK, *EC MERGER CONTROL*, Sweet & Maxwell, London, 3rd ed., 2000, § 7.6.2.; en matière d'aides, J.A. WINTER, *The Rights of Complainants in State Aid Cases: Judicial Review of Commission Decisions Adopted under Article 88 (ex 93) EC*, CMLR, 1999, 521-568; en matière d'antidumping, I. VAN BAELE & J.F. BELLIS, *ANTI-DUMPING AND OTHER TRADE PROTECTION LAWS OF THE EC*, CCH Europe, Bicester, 3rd ed., 1996, § 748.

¹⁶⁶⁰ Conclusions de l'avocat général Warner présentées le 28 octobre 1975 dans l'affaire *CAM/Commission* (aff. 100/74), [1975] Rec. 1410, reprises par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire *Extramet* (C-358/89), [1991] I-2509.

¹⁶⁶¹ CJCE, 17 juin 1970, *Alcan/Commission*, aff. 69/69, Rec. 385.

¹⁶⁶² Ainsi, le degré de discrétion accordé à l'Etat destinataire ne peut être qu'un indice permettant de savoir si le lien de causalité n'est pas rompu par l'intervention d'une autorité intermédiaire (dans le sens d'un refus d'admettre la recevabilité, CJCE, 11 juillet 1984, *Commune de Diffendange/Commission*, aff. 222/83, pt 12, Rec. 2896; dans le sens contraire: TPICE, 27 avril 1995, *ASPEC e.a./Commission*, T-435/93, pts 60-61, II-1306).

des tiers¹⁶⁶³. Il ressort de la jurisprudence étudiée que ce critère est rarement décisif dans l'appréciation de la recevabilité. Les tiers intéressés sont directement concernés par les décisions individuelles de la Commission¹⁶⁶⁴.

576. En ce domaine, la principale difficulté tient à la démonstration du *lien individuel*. Le principe, posé par la célèbre jurisprudence *Plaumann*, est que « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à tout autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire »¹⁶⁶⁵. D'inspiration apparemment libérale si on le compare à la lettre de l'article 230, ce passage a donné lieu, en l'espèce, à une solution restrictive¹⁶⁶⁶, conforme semble-t-il aux vœux des auteurs du traité¹⁶⁶⁷. Telle n'est point, cependant, l'interprétation qui va progressivement s'imposer à la Cour. Dans l'évolution de la Cour vers une attitude plus « libérale »¹⁶⁶⁸, favorable à la recevabilité des recours des particuliers, un argument apparaît décisif: la participation des tiers à la procédure administrative.

577. Sur un point, la jurisprudence est constante et paraît peu contestable: on ne peut se contenter de transposer simplement les solutions d'un domaine à l'autre du droit communautaire. La position des tiers face à la Commission et face au juge est chaque fois spécifique. Ce point justifie qu'on divise l'analyse par branche. Nombreux, pourtant, sont les croisements. Il n'est pas difficile de voir qu'un même souci est à l'œuvre dans toutes les branches du droit économique: un souci de protection élevée des entreprises¹⁶⁶⁹(I). C'est à ce titre qu'une synthèse est légitime. Il faut tenter de mieux comprendre l'articulation entre participation précontentieuse et protection juridictionnelle (II).

§ I. L'ELARGISSEMENT DE LA RECEVABILITE FONDEE SUR LA PROCEDURE

578. Dans toutes les branches du droit de la concurrence, les *tiers concurrents* occupent une position privilégiée. Il faut rappeler que, suivant une jurisprudence classique de la Cour, « la seule

¹⁶⁶³ Cf. J.A. WINTER, *The Rights of Complainants in State Aid Cases: Judicial Review of Commission Decisions Adopted under Article 88 (ex 93) EC*, CMLR, 1999, 525-526.

¹⁶⁶⁴ Voir cependant *infra* l'analyse de l'arrêt TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pts 36 à 46, II-1231-1237.

¹⁶⁶⁵ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, aff. 25/62, Rec. 223.

¹⁶⁶⁶ « ...en l'espèce le requérant est atteint par la décision litigieuse en tant qu'importateur de clémentines, c'est-à-dire en raison d'une activité commerciale qui, à n'importe quel moment, peut être exercé par n'importe quel sujet, et qui n'est donc pas de nature à le caractériser par rapport à la décision attaquée d'une façon analogue à celle du destinataire » ([1963] Rec. 223-224).

¹⁶⁶⁷ Cf. A. BARAV, *Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court*, CMLR, 1974, 191-198.

¹⁶⁶⁸ Telle est la thèse soutenue par A. ALBORS-LLORENS tout au long d'une étude exhaustive (*PRIVATE PARTIES IN EUROPEAN COMMUNITY LAW. Challenging Community Measures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, not. 43).

¹⁶⁶⁹ Voy., en ce sens, l'étude complète de J. RIDEAU, *Les garanties juridictionnelles dans le dialogue entre les entreprises et les autorités communautaires*, in *L'ENTREPRISE DANS LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, Paris, 1995, 433-474.

circonstance qu'un acte est susceptible d'exercer une influence sur les rapports de concurrence existants dans le marché dont s'agit, ne saurait suffire pour que tout opérateur économique se trouvant dans une quelconque relation de concurrence avec le destinataire de l'acte puisse être considéré comme directement et individuellement concerné par ce dernier »¹⁶⁷⁰. Dès lors il leur faut prouver qu'ils se trouvent dans une circonstance particulière, qui les individualisent par rapport à tout autre opérateur concerné. C'est principalement à cette tâche que va se consacrer le juge dans les procédures anticartel (A), de contrôle des aides (B) et des concentrations (C). Le domaine de l'antidumping présente une double spécificité: la diversité des tiers engagés dans la procédure, la nature des actes adoptés (D).

A. L'origine de l'élargissement dans les procédures de concurrence

579. Cette jurisprudence a son origine dans deux arrêts de la Cour dans le cadre des articles 81 et 82, *Metro/Commission*. Elle se fonde sur la participation des requérantes à la procédure administrative. Mais le critère n'est pas exclusif.

1. La participation utile

580. Le premier date du 25 octobre 1977¹⁶⁷¹. L'entreprise Metro est un grossiste exclu du système de distribution sélective mis en place par l'entreprise SABA, laquelle bénéficie d'une décision d'exemption de la part de la Commission. Aussi « la question se pose de savoir si la requérante remplit les conditions de l'article 173 du traité CEE pour intenter un recours contre la décision d'exemption, en qualité de tiers ne participant pas au système de distribution et auquel la décision n'a même pas été adressée, mais qui n'en a été qu'informée, c'est-à-dire si la décision la concerne directement et individuellement »¹⁶⁷². La réponse de la Cour est remarquable: dès lors que la décision attaquée a été rendue à la suite d'une plainte déposée la requérante, celle-ci doit disposer, du fait de son statut de plaignante, de l'accès au juge. En effet, « il est de l'intérêt à la fois d'une bonne justice et d'une exacte application des articles 85 et 86 que les personnes physiques ou morales qui sont, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, b) du règlement n° 17, habilitées à demander à la Commission de constater une infraction auxdits articles 85 et 86, puissent, s'il n'est pas fait droit, en tout ou partie, de leur demande, disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes »¹⁶⁷³. Les conclusions de l'avocat général Reischl révèlent que les motivations de la Cour sont de deux ordres: d'une part, il convient de « protéger la concurrence par rapport aux tiers », d'autre part, il convient d'assurer le contrôle judiciaire de telles décisions¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁷⁰ CJCE, 10 décembre 1969, *Eridania/Commission*, aff. 10 et 18/68, pt 7, Rec. 480-481.

¹⁶⁷¹ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro/Commission*, aff. 26/76, Rec. 1875.

¹⁶⁷² Conclusions de l'avocat général Reischl présentées le 9 juin 1977, [1977] Rec. 1923.

¹⁶⁷³ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro/Commission*, aff. 26/76, pt 13, 1902.

¹⁶⁷⁴ De fait, « si on ne leur reconnaît pas un droit d'action, le contrôle judiciaire est pratiquement exclu dans de tels cas, car, en règle générale, les parties à l'accord n'introduiront aucun recours en cas d'exemption » (Rec. 1924).

581. Nul doute que l'arrêt emporte un élargissement des conditions de recevabilité du recours en annulation à l'égard des requérants non privilégiés¹⁶⁷⁵. L'existence d'un intérêt individuel semble résulter ici du simple dépôt de la plainte¹⁶⁷⁶. L'existence d'un intérêt direct est établi par le fait que la décision définitive, en ne faisant pas droit à la demande, cause un préjudice à la position concurrentielle de plaignant¹⁶⁷⁷. Au total, l'intérêt légitime du plaignant est de nature à fonder l'intérêt direct et individuel du requérant¹⁶⁷⁸.

582. Qu'en est-il des tiers non plaignants? Cette question forme la trame de la seconde affaire *Metro*, jugée le 22 octobre 1986¹⁶⁷⁹. Cette fois, l'entreprise *Metro* n'était pas concernée au titre d'une plainte, mais simplement parce qu'elle s'était vue refuser l'accès au système de distribution sélective faisant l'objet d'une exemption. La Commission ne s'oppose pas à la recevabilité du recours. Elle estime que les observations présentées par la requérante au cours de la procédure, conformément à l'article 19 § 3 du Règlement 17, l'« individualise de la même manière que l'introduction d'une plainte au sens visé dans l'arrêt *Metro I* (fondée sur l'article 3 du règlement n° 17) »¹⁶⁸⁰. La Cour se fonde, pour établir le lien individuel, sur la jurisprudence *Cofaz* intervenue, la même année, dans le domaine des aides. Deux éléments se révèlent déterminants: d'abord le fait que « les demandes de *Metro* d'être admise, en qualité de grossiste, à participer au système SABA ont été refusées »¹⁶⁸¹; ensuite le fait que « la Commission a reconnu l'intérêt légitime de *Metro* de présenter ses observations, conformément au paragraphe 3 de l'article 19 du règlement précité, et a constaté que ce sont précisément les objections de *Metro* qui sont rejetées dans la partie I.C de la décision attaquée »¹⁶⁸². A ces conditions, le recours est recevable¹⁶⁸³.

Dans ces deux affaires, la recevabilité du recours est une conséquence de l'intérêt légitime reconnu aux tiers à participer à la procédure et à préparer la décision¹⁶⁸⁴. C'est la notion de participation « utile » qui apparaît déterminante¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁷⁵ Comme le note tout de suite T. HARTLEY, *Locus Standi in actions under Article 173 EEC*, ELR, 1978, 212.

¹⁶⁷⁶ Ainsi, selon l'avocat général Reischl, « l'introduction de la demande a créé un rapport si étroit avec le litige que l'on peut dire qu'elle aussi est individuellement et spécialement concernée par la décision qui constitue la conclusion de toute la procédure » ([1977] Rec. 1924).

¹⁶⁷⁷ En ce sens, A. FRIGNANI, *Décision commentée. L'affaire Metro-SABA*, CDE, 1978, 461-479.

¹⁶⁷⁸ Ce principe est régulièrement affirmé par la jurisprudence: ainsi, CJCE, 11 octobre 1983, *Demo-Studio Schmidt/Commission*, aff. 210/81, pt 14, Rec. 3063; TPICE, 18 mai 1994, *BEUC et NCC/Commission*, T-37/92, pt 36, II-307; TPICE, 24 janvier 1996, *BENIM/Commission*, T-114/92, pt 26, II-160.

¹⁶⁷⁹ CJCE, 22 octobre 1986, *Metro/Commission*, aff. 75/84, Rec. 3021.

¹⁶⁸⁰ Point qui fut d'ailleurs rappelé par les conclusions de l'avocat général Verloren Van Themaat, [1986] Rec. 3056.

¹⁶⁸¹ Ibid., pt 21, Rec. 3080.

¹⁶⁸² Ibid., pt 22, Rec. 3080.

¹⁶⁸³ Ibid., pt 23, Rec. 3080.

¹⁶⁸⁴ De ce fait, A. ALBORS-LLORENS peut ajouter: « *The two Metro cases show an innovation, in that the applicants do not need to prove that their individual rights under EC law have been affected by the decision in question, but only have to show that they have a legitimate or sufficient interest recognized in the administrative proceeding leading to the adoption of the contested decision* » (op. cit., 85).

¹⁶⁸⁵ Dans cette perspective, il faut noter que, dans la première affaire *Metro*, l'avocat général se fondait déjà non seulement sur l'introduction de la demande mais aussi sur la participation de la plaignante à la procédure ([1977] Rec. 1924). Pour une confirmation implicite de cette jurisprudence par la Cour, CJCE, 9 juillet 1987, *Ancides/Commission*, T-43/85, Rec. 3131 (où la Cour ne se donne pas même la peine d'aborder le problème de

2. La prise en considération de la situation matérielle des requérants

583. Cette jurisprudence devait être élargie. Dès lors, on ne s'attache plus à la participation à la procédure, on considère la situation de fait du requérant. Le juge n'a jamais considéré la participation comme une condition et un fondement exclusifs du droit d'agir; c'est un simple indice d'une situation matérielle affectée par la décision attaquée.

584. Ainsi, dans l'affaire *Métropole Télévision e.a./Commission*, Antena 3, concessionnaire espagnol du service public de la télévision, demande l'annulation d'une décision d'exemption accordée par la Commission à l'Union européenne de radio-télévision (UER). Selon la Commission, « le seul élément susceptible d'individualiser Antena 3 (...) aurait précisément été sa participation au titre de l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 »¹⁶⁸⁶. Or celle-ci n'a pas présenté d'observations écrites à la Commission. Il est constant, cependant, que cette entreprise est un « concurrent direct » de la RTVE, seul membre actif de l'UER. C'est en cette qualité qu'elle devait être qualifiée de « tiers intéressé » et disposer éventuellement du droit d'être associée à la procédure d'adoption. C'est en cette qualité qu'elle dispose, selon le Tribunal, du droit d'agir contre cette décision¹⁶⁸⁷. Il importe peu, dès lors, qu'elle n'ait pas usé de son droit de participer, car « subordonner la qualité à agir des tiers qualifiés bénéficiant de droits procéduraux au cours d'une procédure administrative à leur participation effective à la procédure reviendrait à introduire une condition de recevabilité supplémentaire, sous la forme d'une procédure précontentieuse obligatoire, laquelle n'est pas prévue à l'article 173 du traité »¹⁶⁸⁸.

585. A défaut d'une participation effective, il y a lieu de rechercher d'autres critères de nature à individualiser une partie requérante. Encore faut-il que l'entreprise tierce démontre que sa situation factuelle, sur le marché en cause, puisse la distinguer des autres opérateurs concernés. Le lien individuel est établi du fait d'un refus d'adhérer à un système de distribution bénéficiant d'une exemption¹⁶⁸⁹. Mais il n'en sera pas toujours ainsi¹⁶⁹⁰. Et, dans l'affaire *Kruidvat*, le fait d'avoir renoncé à se prévaloir de la possibilité de présenter des observations lors de la procédure administrative ne pourra être invoqué¹⁶⁹¹. La qualité pour agir ne peut être justifiée par des

la recevabilité dans son arrêt). Pour une confirmation explicite par le Tribunal, TPICE, 12 décembre 1996, *Leclerc/Commission*, T-19/92, pts 50 à 65, II-1878-1880.

¹⁶⁸⁶ TPICE, 11 juillet 1996, *Métropole Télévision e.a./Commission*, aff. jtes T-528/93, T-543/93 et T-546/93, pt 55, II-672.

¹⁶⁸⁷ Ibid., pt 61, II-674.

¹⁶⁸⁸ Ibid., pt 62, II-675.

¹⁶⁸⁹ Ibid., pts 63 et 64, II-675.

¹⁶⁹⁰ Parmi les affaires dites des « Parfums » jugées par le Tribunal en décembre 1996, le juge avait à connaître d'un recours en annulation intenté par une société concurrente à l'encontre d'une décision d'exemption concernant un système de distribution sélective (TPICE, 12 décembre 1996, *Kruidvat/Commission*, T-87/92, II-1931). La requérante n'était pas parvenue à démontrer que sa situation factuelle l'individualisait à suffisance des autres tiers intéressés (pts 34 à 50, II-1945-1949).

¹⁶⁹¹ Sur pourvoi, CJCE, 17 novembre 1998, *Kruidvat/Commission*, C-70/97 P, pt 43, I-7228.

garanties de procédure qui n'ont pas été exercées¹⁶⁹². Le Tribunal rejette une approche *formaliste* fondée sur la seule attribution de droits procéduraux.

B. Le contrôle des aides d'Etat

586. La matière est très riche, et renferme une grande diversité de situations. Pour dénouer les fils de la question, il convient de faire des distinctions. La *summa divisio* doit être respectée: il y a, d'un côté, les décisions prises au terme de la procédure formelle et, de l'autre, les décisions adoptées au terme de l'examen préliminaire.

1. Les recours introduits à l'encontre de la décision finale

587. Distinguons les cas dans lesquels la Commission autorise, le cas échéant sous condition(s), l'aide des cas dans lesquels l'aide est déclarée incompatible avec le marché commun. Sont tiers, dans le premier groupe de cas, essentiellement des *concurrents* des entreprises bénéficiaires de l'aide étatique. Sont tiers, dans le second cas, les *bénéficiaires* de l'aide ou les associations défendant les intérêts de ces derniers.

a) Les décisions de compatibilité

588. Par l'arrêt *Cofaz* du 28 janvier 1986, la Cour est « confrontée pour la première fois à la question importante de savoir jusqu'à quel point des "intéressés" au sens de l'article 93, paragraphe 2, du traité CEE peuvent former un recours contre une décision de la Commission de clore une procédure comme celle visée par cette disposition », à savoir une décision constatant la compatibilité de l'aide examinée avec la politique communautaire¹⁶⁹³. Les requérantes sont des tiers concurrents de l'entreprise bénéficiaire ayant introduit, par l'intermédiaire d'un syndicat professionnel agissant en leur nom, une plainte auprès de la Commission. Selon la Commission, le fait que celles-ci ont joué un rôle dans la procédure administrative ne les individualise pas à suffisance pour démontrer leur intérêt à agir. N'étant que des informateurs pour la Commission, leur position ne serait pas comparable à celle qui est reconnue aux plaignants par la réglementation antitrust ou antidumping. Ce qui compte, pour le juge, ce n'est pas tant le cadre formel, ni même les « principes supérieurs aux règles positives » sur le droit au recours¹⁶⁹⁴; c'est la jurisprudence de la Cour qui « a itérativement jugé que, dans les cas où un règlement accorde aux entreprises plaignantes des garanties procédurales les habilitant à demander à la Commission

¹⁶⁹² En ce sens, l'avocat général Fennelly précise qu'« il est donc possible d'établir un équilibre approprié entre les intérêts respectifs des tiers intéressés et ceux de la Commission et du destinataire de la décision litigieuse, du point de vue de la *sécurité juridique*, (...) en considérant que seuls sont réputés avoir un intérêt individuel et, partant, qualité pour attaquer la décision, ceux qui se sont prévalus de cette possibilité » (Conclusions présentées le 30 avril 1998, § 62, [1998] I-7207).

¹⁶⁹³ Conclusions de l'avocat général Verloren Van Themaat, [1986] Rec. 392.

¹⁶⁹⁴ Argument des requérantes rappelé par l'avocat général Verloren Van Themaat, [1986] Rec. 401.

de constater une infraction aux règles communautaires, ces entreprises doivent disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes »¹⁶⁹⁵.

589. Telle fut la solution de la Cour dans l'arrêt *Timex/Commission* du 20 mars 1985 rendu en matière d'antidumping. Elle révèle ici que l'élément décisif est la participation effective et utile des tiers intéressés à la procédure administrative¹⁶⁹⁶. En pratique, « les mêmes considérations s'appliquent aux entreprises qui ont joué un rôle comparable dans le cadre de la procédure visée à l'article 93 du traité »¹⁶⁹⁷. Il convient seulement que « leur position sur le marché [soit] substantiellement affectée par la mesure d'aide qui fait l'objet de la décision attaquée »¹⁶⁹⁸. Mais, à ce stade, la Cour n'a pas à se prononcer sur les rapports de concurrence: « Il suffit de constater que les requérantes ont indiqué de façon pertinente les raisons pour lesquelles la décision de la Commission est susceptible de léser leurs intérêts légitimes en affectant substantiellement leur position sur le marché en cause »¹⁶⁹⁹. Le critère est double, à la fois procédural et matériel; mais le critère matériel semble découler naturellement de la participation procédurale¹⁷⁰⁰. Cette solution a été constamment réaffirmée¹⁷⁰¹.

590. Comme en matière d'ententes et d'abus de position dominante, cette solution va être élargie. L'occasion en est donnée au juge par une affaire *ASPEC e.a./Commission*¹⁷⁰². Sans doute les requérants, tiers concurrents, n'ont-ils pas joué de rôle déterminant dans la procédure. Mais ils ont fourni certaines informations: or, « bien que la Commission n'ait pas repris à son compte les informations fournies par les requérantes, elle n'a, cependant, pas non plus fourni d'information de nature à les mettre en doute »¹⁷⁰³; il se trouve, de surcroît, que ces informations forment un « ensemble d'éléments constitutifs d'une situation particulière les caractérisant, au regard de la mesure en cause, par rapport à tout autre opérateur économique »¹⁷⁰⁴. Ainsi, dans le cas où la requérante ne s'est pas prévalu de son droit à participer à la procédure, le caractère particulier de sa situation de fait doit être dûment établi. Si les informations fournies prouvent que sa situation concurrentielle est affectée, la recevabilité en découlera¹⁷⁰⁵. Qu'elle manque à cette démonstration, le recours sera jugé irrecevable¹⁷⁰⁶.

¹⁶⁹⁵ CJCE, 28 janvier 1986, *Cofaz/Commission*, aff. 169/84, pt 23, Rec. 414 (citant les arrêts rendus en matière d'anticartel, *Metro/Commission*, *Fediol/Commission*, *Demo-Studio Schmidt/Commission*).

¹⁶⁹⁶ Ibid., pt 24, Rec. 415: « le fait que l'entreprise a été à l'origine de la plainte ayant donné lieu à l'ouverture de la procédure d'enquête, qu'elle a été entendue en ses observations et que le déroulement de la procédure a été largement déterminé par ses observations ».

¹⁶⁹⁷ Ibid., pt 25, Rec. 415.

¹⁶⁹⁸ Ibid., pts 25, 27 et 28, Rec. 415-416.

¹⁶⁹⁹ Ibid., pt 28, Rec. 416.

¹⁷⁰⁰ Telle est la solution également adoptée dans l'affaire *AITEC*. En présentant ses observations à la Commission, « la requérante a indiqué de façon pertinente que la position concurrentielle sur le marché italien d'au moins trois de ses membres a été affectée » par l'aide en cause (TPICE, 6 juillet 1995, aff. jtes T-447/93, T-448/93 et T-449/93, *AITEC e.a./Commission*, pt 58, II-1995).

¹⁷⁰¹ Voir, par ex., en dernier lieu, TPICE, 5 novembre 1997, *Ducros/Commission*, pts 35 à 42, II-2043-2045.

¹⁷⁰² TPICE, 27 avril 1995, *ASPEC e.a./Commission*, T-435/93, II-1281.

¹⁷⁰³ Ibid., pt 67, II-1308.

¹⁷⁰⁴ Ibid., pt 70, II-1309.

¹⁷⁰⁵ Ibid., pts 64, 67 à 69, II-1307-1309.

¹⁷⁰⁶ TPICE, 15 septembre 1998, *BP Chemicals/Commission*, T-11/95, not. pts 77 à 83, II-3260-3262.

591. Dès lors, il importe peu, pour établir l'intérêt individuel, que la Commission considère que le tiers requérant n'est pas un interlocuteur privilégié pour elle¹⁷⁰⁷ ou qu'elle ait perdu les traces de sa participation¹⁷⁰⁸; il suffit que l'on puisse rapporter la preuve que sa situation concurrentielle est substantiellement affectée sur le marché¹⁷⁰⁹. A cette condition, on admettra que le tiers en question puisse être une association professionnelle, si celle-ci démontre qu'elle a la charge des intérêts individuels de certains de ses membres lésés par la décision d'autoriser l'aide¹⁷¹⁰. Elle est alors réputée se substituer à ses membres qui auraient pu introduire eux-mêmes un recours recevable¹⁷¹¹.

b) Les décisions d'incompatibilité

592. Que le bénéficiaire direct d'une aide déclarée incompatible avec le marché commun dispose du droit d'intenter un recours contre la décision de la Commission, cela, en règle générale, n'est pas douteux¹⁷¹². Mais il est des cas dans lesquels cette qualité est insuffisante et d'autres dans lesquels des requérants non bénéficiaires ont qualité pour agir.

593. L'arrêt *Van der Kooy/Commission* en fournit une illustration. La Commission devait déclarer incompatible avec le marché commun une aide appliquée par le gouvernement néerlandais pour l'horticulture sous serres chauffées. Il y a deux bénéficiaires potentiels de l'aide, requérants dans cette affaire: l'entreprise Van der Kooy et une association agricole de défense des horticulteurs néerlandais appelée le Landbouwschap. Selon l'avocat général Slynn, le recours de Van der Kooy doit être déclaré recevable, en ce que la décision la concerne directement et individuellement¹⁷¹³. En revanche, la jurisprudence antérieure de la Cour sur le recours des associations interdit de considérer le recours du Landbouwschap recevable¹⁷¹⁴. La Cour adopte la solution opposée. Van der Kooy fait partie de la « catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite » par la décision. N'étant concerné qu'en raison de sa « qualité objective » d'horticulteur établi aux Pays-Bas, son recours est irrecevable¹⁷¹⁵. Si, en revanche, le recours du Landbouwschap doit être accueilli, ce n'est pas en qualité de bénéficiaire, c'est parce que « sa position est affectée par la décision 85/215 en sa qualité de négociateur des tarifs de gaz dans l'intérêt des horticulteurs »¹⁷¹⁶. Or, « en cette qualité le Landbouwschap a participé activement à la procédure en vertu de l'article 93, paragraphe 2, en soumettant des observations écrites à la

¹⁷⁰⁷ TPICE, 6 juillet 1995, aff. jtes T-447/93, T-448/93 et T-449/93, *AITEC e.a./Commission*, pt 45, II-1991.

¹⁷⁰⁸ Ibid., pt 77, II-2000.

¹⁷⁰⁹ Ibid., pts 56 et 59, II-1994-1995; pts 79 et 80, II-2001.

¹⁷¹⁰ Ibid., pt 62, II-1996; v. également TPICE, 12 décembre 1996, *AIUFFASS et AKT/Commission*, T-380/94, II-2169.

¹⁷¹¹ Ibid., pt 60, II-1996.

¹⁷¹² CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris/Commission*, aff. 730/79, pt 5, Rec. 2687.

¹⁷¹³ Conclusions de l'avocat général Slynn, [1988] Rec. 246.

¹⁷¹⁴ Ibid., Rec. 247. La jurisprudence classique en matière de droit d'agir des associations est: CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a./Commission*, aff. jtes 16 et 17/62, Rec. 901. Pour une synthèse de l'état du droit communautaire à la suite notamment de la jurisprudence développée en matière d'aides d'Etat: TPICE (Ordonnance), 30 septembre 1997, *Federolio/Commission*, T-122/96, II-1559.

¹⁷¹⁵ CJCE, 2 février 1988, *Van der Kooy/Commission*, aff. jtes 67, 68 et 70/85, pt 15, Rec. 268-269.

¹⁷¹⁶ Ibid., pt 21, Rec. 268.

Commission et en se maintenant en contact étroit avec les services compétents tout au long de la procédure »¹⁷¹⁷.

594. Remarquons cependant que ce n'est pas le simple fait d'être un tiers intéressé au sens de l'article 88 § 2 qui confère à une association requérante qualité pour agir¹⁷¹⁸. Il faut qu'elle démontre une forte implication et un intérêt propre à défendre dans la procédure. Ainsi ce qui apparaît déterminant dans l'individualisation du requérant, c'est son rôle de *négociateur* dans le secteur économique concerné¹⁷¹⁹. La participation à la procédure ne fait que « conforter » cette position¹⁷²⁰.

595. La limite de cette jurisprudence est atteinte dans l'affaire *Comité d'entreprise de la SFP/Commission*. Les représentants des travailleurs de l'entreprise visée par la décision d'incompatibilité sont-ils fondés à intenter un recours en annulation contre cette décision? Les requérants se prévalaient, à titre principal, de la jurisprudence reconnaissant la possibilité des syndicats représentant le personnel d'intenter un recours contre une décision autorisant une opération de concentration¹⁷²¹. Mais du fait qu'« il n'existe pas, dans le domaine des aides d'Etat, de dispositions réglementaires analogues à celles contenues dans le règlement n° 4064/89 reconnaissant expressément aux représentants reconnus des travailleurs des prérogatives d'ordre procédural », le Tribunal juge que « les requérants ne sauraient utilement se prévaloir de cette dernière qualité pour faire valoir qu'ils sont individuellement concernés par la décision attaquée »¹⁷²². Il semble que le critère procédural soit vérifié *a contrario*.

Faut-il ajouter que, dans cette affaire, les requérants n'avaient pas présenté d'observations à la Commission? La solution eût-elle été différente au cas où les requérants seraient intervenus au cours de la procédure administrative? Rien n'est plus douteux. Il est évident que le critère d'affectation substantielle sur le marché ne pouvait être satisfait par de tels requérants¹⁷²³. Une telle organisation ne peut être considérée comme active sur le marché. On a fait remarquer que le Tribunal était lié par sa propre jurisprudence en ce domaine, et qu'il ne pouvait pas reconnaître une position plus favorable à ces représentants qu'au bénéficiaire de l'aide ou aux associations professionnelles ayant participé à la procédure¹⁷²⁴. On conçoit l'importance, pour ce type de requérants, de se voir reconnaître des droits formels dans la procédure.

¹⁷¹⁷ Ibid., pt 22, Rec. 269.

¹⁷¹⁸ TPICE, 11 février 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen et Hapag-Lloyd/Commission*, T-86/96, pt 47, II-197.

¹⁷¹⁹ CJCE, 10 juillet 1986, *DEFI/Commission*, aff. 282/85, pts 16 à 20, Rec. 2480-2481 (secteur du textile et de l'habillement); TPICE, 11 février 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen et Hapag-Lloyd/Commission*, T-86/96, pts 55 à 64, II-199-201 (secteur des transports aériens).

¹⁷²⁰ En ce sens, E. COULON & S. CRAS, *Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'Etat: les récentes évolutions dans l'application des articles 173 et 175 du traité CE*, CDE, 1999, 123.

¹⁷²¹ TPICE (Ordonnance), 18 février 1998, *Comité d'entreprise de la Société française de production e.a./Commission*, T-189/97, pt 24, II-346.

¹⁷²² Ibid., pt 37, II-349.

¹⁷²³ Ibid., pts 43 à 45, II-351-352.

¹⁷²⁴ F. BERROD, *comm.*, Europe, 1998, n° 117.

2. Les recours dans le cadre de la phase préliminaire

597. Au terme de l'examen préliminaire, la Commission peut décider que la mesure d'aide envisagée ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun et ne pas ouvrir la procédure. Un recours est-il ouvert aux tiers? En toute hypothèse, c'est la décision adressée à l'Etat membre qui doit faire l'objet du recours¹⁷²⁵.

598. L'arrêt *CIRFS/Commission* reprend les termes précis de la jurisprudence *Van der Kooy*¹⁷²⁶. Les requérantes, regroupées en association de producteurs de fibres synthétiques, sont les concurrentes d'une entreprise bénéficiaire de l'aide. Jugeant l'aide compatible, la Commission refusait d'ouvrir la procédure de l'article 88 § 2. Elle ne contestait pas, cependant, la recevabilité du recours¹⁷²⁷. Non seulement l'association était l'interlocuteur principal de la Commission pour l'adoption des lignes directrices dans ce secteur, mais elle avait mené activement les négociations avec la Commission à propos de l'aide en cause. C'est bien, selon la Cour, sa qualité de *négociateur* durant la procédure précédant le litige, qui donne à l'association un intérêt direct et individuel à agir¹⁷²⁸.

599. Il reste que les tiers ne disposent, à ce stade de la procédure, d'aucune garantie formelle de participation. Faut-il en déduire que la possibilité de recours est limitée? Cette question a été soulevée par la Cour dans l'arrêt *Cook/Commission* du 19 mai 1993¹⁷²⁹. La société Cook est la principale entreprise concurrente du bénéficiaire de l'aide. L'intérêt direct peut être prouvé par le préjudice subi du fait de cette position. Mais les deux conditions relatives à l'intérêt individuel posées par l'arrêt *Cofaz/Commission* étaient bien difficiles à satisfaire. Aussi convient-il, selon l'avocat général Tesauero, d'adapter ces conditions. La procédure d'examen préliminaire « se déroule normalement *sans* la participation des tiers »; celle-ci ne peut être que fortuite. Par conséquent, « la participation de tiers à la procédure préliminaire — procédure dont le tiers n'a normalement pas connaissance — ne saurait constituer une *conditio sine qua non* pour introduire un recours contre une décision "de ne pas soulever d'objections" »¹⁷³⁰. D'une part, on ne saurait imposer à cette entreprise de formuler des griefs précis afférents à l'impact de l'aide; il suffit de montrer qu'elle se trouve dans une position concurrentielle effective avec l'entreprise destinataire

¹⁷²⁵ La Cour le précise dans son arrêt *Sytraval*, après pas mal d'hésitations: « c'est la décision adressée à l'Etat membre qui doit, le cas échéant, faire l'objet d'un recours en annulation de la part du plaignant et non la lettre adressée à celui-ci l'informant de la décision » (CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, pt 45, I-1736; v. J. A. WINTER, *op. cit.*, 535-536). Ajoutons que l'article 20 du nouveau règlement de procédure 659/1999 dispose désormais qu'une copie de cette décision sera adressée à la partie intéressée.

¹⁷²⁶ CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS e.a./Commission*, C-313/90, I-1125.

¹⁷²⁷ Ibid., pt 20, I-1183. Seules les parties intervenantes soulèvent une exception d'irrecevabilité.

¹⁷²⁸ Ibid., pts 29 à 31, I-1185 (sur conclusions contraire de l'avocat général Lenz, I-1167-1168). Comme le relèvent fort bien E. Coulon et S. Cras, « il est intéressant de noter que la Cour a principalement retenu dans le chef du CIRFS sa qualité de négociateur de la discipline *avant que soit engagée la procédure devant la Commission* ayant conduit au litige... Le libellé de cet arrêt peut donc être interprété comme l'expression du souci de ne pas tirer de conséquences d'un éventuel débat engagée entre le plaignant et la Commission durant la phase préliminaire d'examen » (*op. cit.*, 109).

¹⁷²⁹ CJCE, 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, I-2487.

¹⁷³⁰ Ibid., Conclusions de l'avocat général Tesauero, § 43, I-2512.

de l'aide¹⁷³¹. D'autre part, on pourrait se satisfaire du rôle actif qu'elle a joué dans la procédure en déposant une plainte à l'égard d'aides non notifiées.

600. La Cour pose sans ambiguïté:

« Lorsque, sans ouvrir la procédure de l'article 93, paragraphe 2 [88 § 2], la Commission constate, sur le fondement du paragraphe 3 du même article, qu'une aide est compatible avec le marché commun, les bénéficiaires de ces garanties de procédure ne peuvent en obtenir le respect que s'ils ont la possibilité de contester devant la Cour cette décision de la Commission. »¹⁷³²

Dès lors que la requérante peut être regardée comme une partie intéressée au sens de l'article 88 § 2, elle est considérée comme directement et individuellement concernée par la décision de la Commission, et ainsi recevable à agir¹⁷³³. A ce stade, le critère d'affectation substantielle n'est pas exigé. La Cour protège les « *droits à naître* ».

601. Un refus même implicite d'ouvrir la procédure formelle suffit, pourvu que la Commission estime que l'aide est compatible avec le marché commun ou qu'elle estime que l'existence même d'une aide doit être écartée¹⁷³⁴. Cette solution a récemment été étendue par le Tribunal à l'hypothèse d'un *recours en carence* visant la décision de la Commission s'abstenant de se prononcer sur les plaintes déposées par une entreprise concurrente¹⁷³⁵. On ne saurait nier le pouvoir discrétionnaire attribué à la Commission pour ouvrir la procédure formelle. Le Tribunal affirme en ce sens qu'elle n'est soumise à aucune *obligation d'agir*. Mais la carence peut être constatée au titre de l'*obligation d'examiner avec diligence et impartialité* la plainte. C'est l'atteinte au respect de cette garantie d'impartialité qui fonde le droit au recours. Il s'agit là, sans doute, d'une nouvelle manifestation de la logique inaugurée par la jurisprudence *Technische Universität München*, et d'« une évolution remarquable en termes de protection juridictionnelle »¹⁷³⁶.

602. Dans tous ces cas, il est évident que le juge est guidé par souci de protection¹⁷³⁷. A cet égard, les solutions retenues par le Tribunal dans le cadre de l'article 86 § 3 demeurent critiquables¹⁷³⁸. Une jurisprudence récente de la Cour semble annoncer une évolution plus

¹⁷³¹ Ibid., § 41, I-2511.

¹⁷³² Ibid., pt 23, I-2528.

¹⁷³³ Jurisprudence confirmée par l'arrêt *Matra/Commission* rendu le 15 juin 1993, C-225/91, pts 10 à 19, I-3253-3254.

¹⁷³⁴ CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, pt 47, I-1766; TPICE, 15 septembre 1998, *BP Chemicals/Commission*, T-11/95, pts 88 et 89, II-3263-3264.

¹⁷³⁵ TPICE, 15 septembre 1998, *Gestelevision Telecinco/Commission*, T-96/96, pts 64 à 69, II-3427-3428; TPICE, 3 juin 1999, *TF1/Commission*, T-17/96, II-1757, pts 72 à 81.

¹⁷³⁶ E. COULON & S. CRAS, *op. cit.*, 141.

¹⁷³⁷ Voir les conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire *Kruidvat/Commission* (C-70/97 P), § 61, [1998] I-7202. « la Cour a considéré insuffisante une protection des droits procéduraux de telles personnes au titre de l'article 93, paragraphe 2, du traité qui découleraient d'une approche de l'intérêt individuel basée sur la participation ».

¹⁷³⁸ Dans ce domaine, la Cour a jugé que les particuliers *bénéficiaires* de la mesure étatique étaient en position d'introduire un recours en annulation (CJCE, 12 février 1992, *Pays-Bas e.a./Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-

“libérale”¹⁷³⁹. Cependant, il ne faut pas s’y tromper: n’ont été admis à agir que les tiers se trouvant dans une relation de concurrence *directe* avec le bénéficiaire de l’aide.

603. Sous ce rapport, la protection juridictionnelle souffre deux restrictions pratiques. D’abord lorsque la mesure contestée est de nature générale: dans le cas d’une décision de clôture de la procédure d’examen d’un régime d’aides général, le lien individuel ne peut être établi¹⁷⁴⁰. Ensuite lorsque le moyen soulevé par la requérante n’est pas tiré du défaut d’ouverture de la procédure

66/90, I-565; v. not. les conclusions de l’avocat général Van Gerven, I-593). Mais un recours en carence introduit par la société Ladbroke, entreprise *concurrente* de l’entreprise bénéficiaire, aux fins de contester le refus de la Commission d’engager une procédure, montre les limites de l’ouverture du juge. Le Tribunal juge que l’opérateur concerné ne dispose des mêmes droits procéduraux que les tiers dans le cadre des articles 81 et 82 et, dès lors, ne saurait se prévaloir de sa participation à la procédure pour démontrer sa qualité pour agir (TPICE, 27 octobre 1994, *Ladbroke/Commission*, T-32/93, pts 42 et 43, II-1033-1034). La solution apparaît excessivement restrictive s’agissant d’un tiers, concurrent direct. On cherchera peut-être une explication de cette jurisprudence dans le fait qu’il s’agit d’un recours en *carence*. En ce cas, la récente jurisprudence du Tribunal en matière d’aides viendrait la contredire. En fait, l’explication est plus simple. Elle est fournie par un arrêt postérieur de quelques semaines (TPICE, 23 janvier 1995, *Bilanzbuchhalter/Commission*, T-84/94, II-101). Il s’agissait d’un recours en *annulation* introduit par une association professionnelle d’experts-comptables à l’encontre de la Commission d’une décision de classer sans suite sa plainte, mettant en cause la loi allemande relative à la profession de conseiller fiscal. Le Tribunal distingue deux aspects dans ce recours. Le premier s’analyse comme un recours contre le refus de la Commission d’engager une procédure en manquement. A cet égard, la jurisprudence est constante, elle exclut le recours des particuliers du fait du large pouvoir discrétionnaire dont la Commission jouit dans le cadre de l’article 226 (pt 24, II-110). Le second s’analyse comme un recours porté contre le refus de la Commission de prendre une décision au titre de l’article 86 § 3. Si la question est différente, la solution ne l’est pas: l’ampleur du pouvoir discrétionnaire attribué à la Commission en ce domaine interdit les particuliers du droit d’introduire un recours (pts 28 à 33, II-111-112).

¹⁷³⁹ Sur pourvoi prononcé contre l’arrêt T-84/84 (n. précédente), l’avocat général montre que le Tribunal a méconnu une différence fondamentale entre la procédure de l’article 226 et la procédure de l’article 86. A la différence de la procédure de manquement, l’article 86 « s’insère dans le contexte des règles qui ont été édictées pour assurer le libre jeu de la concurrence et pour régir le comportement des entreprises sur le marché ». Dès lors, il convient de distinguer le pouvoir discrétionnaire reconnu dans l’un et l’autre cas. Il y a une différence à observer. L’un s’apparente à une décision discrétionnaire, l’autre à un large pouvoir d’appréciation reconnu en matière gestion économique. « L’erreur consiste à ne pas avoir vu que, dans le domaine de l’article 90, paragraphe 3 [86 § 3], ce pouvoir se heurte aux limites résultant de la reconnaissance au particulier de droits dont le non-respect peut être invoqué par l’intéressé devant le juge communautaire ». Il appelle ainsi à un alignement sur les solutions retenues en matière d’aides d’Etat. L’Etat membre est destinataire, soit au titre des articles 87 et 88 soit au titre de l’article 86. « Cela n’empêche pas, nous semble-t-il, que le particulier puisse contester en justice les mesures prises par la Commission dans la mesure où l’article 90 lui reconnaît le droit de voir appliquer, en ce qui le concerne, la législation communautaire visant à assurer le libre exercice de l’activité économique et la liberté de concurrence » (Conclusions La Pergola présentées le 11 juillet 1996, § 20, [1997] I-955). La Cour va suivre son avocat général jusqu’à un certain point: « Il ne saurait être exclu a priori qu’il puisse exister des situations exceptionnelles où un particulier, ou, éventuellement, une association constituée pour la défense des intérêts collectifs d’une catégorie de justiciables a la qualité d’agir en justice contre un refus de la Commission d’adopter une décision dans le cadre de sa mission de surveillance prévue à l’article 90, paragraphes 1 et 3 » (CJCE, 20 février 1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission*, C-107/95 P, pt 25, I-964). Si le recours n’est pas exclu en principe, en l’espèce, il doit l’être, car « un particulier ne saurait prétendre (...) contraindre indirectement cet Etat membre à adopter un acte législatif de portée générale » (pt 28, I-965). C’est le pouvoir discrétionnaire reconnu à l’Etat dans l’adoption d’un acte législatif de portée générale, non celui de la Commission, qui porte à conclure à l’irrecevabilité du recours. Reste que la formulation de la Cour demeure vague. De quelles « situations exceptionnelles » s’agit-il? Il semblerait opportun d’admettre que, à l’instar d’un rejet définitif de plainte en matière de concurrence ou d’une position définitive de refus en matière d’aides d’Etat, le refus de décider soit assimilé à une décision négative pouvant faire l’objet d’un recours en annulation ou d’un recours en carence, dès lors que l’intérêt individuel et direct est démontré (v. M. RANTALA & V. KRONENBERGER, *Les droits des tiers dans la procédure d’adoption des décisions de l’article 90, § 3, du traité instituant la Communauté européenne*, JTDE, 1997, 169-173).

formelle, ou de la violation des garanties procédurales prévues par l'article 88 § 2: en ce cas, le recours ne sera recevable que si la requérante établit qu'elle est atteinte individuellement par la décision, en raison de circonstances particulières; les tiers devront démontrer que leur position concurrentielle pourrait être substantiellement affectée par l'octroi de l'aide litigieuse¹⁷⁴¹.

C. Le contrôle des concentrations

604. A l'instar de ce qui a été déjà jugé dans les autres branches, la participation procédurale s'est révélée une condition essentielle d'élargissement du droit au recours en matière de concentrations. Il faut distinguer, cependant, selon que le tiers en question est un concurrent du destinataire ou qu'il ne l'est pas.

1. Les tiers concurrents

605. Un tiers concurrent affecté par un projet de concentration est-il en droit d'attaquer la décision par laquelle la Commission se déclare incompétente pour connaître de cette opération au motif qu'elle ne présente pas une dimension communautaire¹⁷⁴²? D'une part, une telle décision concerne directement les opérateurs économiques intervenant sur ces marchés. En outre, cette décision « a pour effet de priver les tiers des droits procéduraux qu'ils tiennent de l'article 18, paragraphe 4, du règlement et dont, au contraire, ils auraient pu user dans l'hypothèse où l'opération, de "dimension communautaire", aurait été notifiée à la Commission »¹⁷⁴³. Au titre de l'intérêt direct, le Tribunal protège les « *droits procéduraux à naître* ». S'agissant du lien individuel, le Tribunal constate que l'opération de concentration concourt à renforcer la position de British Airways, partie à l'opération, sur des routes exploitées par Air France, tiers concurrent, qui voit ainsi sa position concurrentielle affectée, « dans des conditions qui l'individualisent par rapport à tout autre transporteur aérien »¹⁷⁴⁴. Les droits procéduraux s'avèrent déterminants, même lorsqu'ils n'ont pu être exercés, dès lors que la position de la requérante sur le marché en cause est affectée « de manière caractérisée »¹⁷⁴⁵.

606. Le même tiers est-il fondé à intenter un recours à l'encontre d'une décision de la Commission constatant la compatibilité de l'opération notifiée avec le marché commun en l'absence de doutes sérieux, à l'issue de la phase d'examen? Cette question est posée dans la

¹⁷⁴⁰ TPICE, 5 juin 1996, *Kahn Scheepvaart/Commission*, T-398/94, pts 36 à 51, II-490-495.

¹⁷⁴¹ TPICE, 22 octobre 1996, *Skibsværftsforeningen e.a./Commission*, T-266/94, pt 45 à 48, II-1418-1420; TPICE, 16 septembre 1998, *Waterleiding Maatschappij/Commission*, T-188/95, pt 54, II-3731.

¹⁷⁴² TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, II-121.

¹⁷⁴³ « Pour des motifs tenant, tout à la fois, à ses effets juridiques immédiats, d'une part, sur les marchés concernés par l'opération de concentration projetée et, d'autre part, sur les droits procéduraux des tiers, la déclaration attaquée doit donc être regardée comme affectant *directement* la position des concurrents sur le ou les marchés du transport aérien » (Ibid., pt 81, II-162; nous soulignons).

¹⁷⁴⁴ Ibid., pt 82, II-163.

¹⁷⁴⁵ On s'est interrogé sur la différence qui peut exister entre une affectation « caractérisée » et une affectation « substantielle », formulation habituellement retenue par la jurisprudence à la suite de l'arrêt *Cofaz*; on en a conclu que les deux expressions ne sont guère incompatibles, étant voisines (G. KARYDIS, *op. cit.*, not. 115-116).

seconde affaire *Air France*¹⁷⁴⁶. La solution rendue est identique, mais diffère la manière pour y parvenir. C'est le lien individuel qu'il faut établir ici. En l'espèce, la requérante a présenté ses observations; la situation particulière de la requérante sur les marchés concernés a été prise en considération par la Commission; la requérante a été obligée de se désinvestir de sa participation dans une compagnie qui s'est ultérieurement révélée faire partie de l'opération¹⁷⁴⁷. Ces trois motifs suffisent à l'individualiser, justifiant la recevabilité du recours¹⁷⁴⁸.

On observe, dans ces deux arrêts, une position apparemment *moins formaliste* qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles¹⁷⁴⁹. La participation procédurale n'est pas, ici, le seul facteur pris en compte. Au fond, cependant, les solutions ne diffèrent pas. Elles établissent la recevabilité de tiers économiquement affectés par les décisions adoptés. La preuve en est donnée *a contrario*, par deux arrêts relatifs à des tiers non intéressés « économiquement ».

2. Les autres tiers

607. Les actionnaires minoritaires de la société-cible d'une opération de concentration attaquent une décision de la Commission constatant que l'opération notifiée n'entre pas dans le champ d'application du règlement de base. La situation juridique de ces tiers est-elle affectée? Selon le Tribunal, ceux-ci ne sont ni directement concernés¹⁷⁵⁰, ni individuellement concernés, car ils sont atteints au même titre que tout actionnaire de cette société¹⁷⁵¹. A supposer même que leur participation à la procédure eût été établie, le droit au recours ne suivrait pas nécessairement. Telle est la conclusion de l'avocat général Lenz lors de l'examen du pourvoi. C'est que les intérêts matériels de cette catégorie de tiers ne sont pas visés par les procédures sur les concentrations¹⁷⁵².

608. Dans le second cas, les requérantes sont des représentants des travailleurs des entreprises parties à une concentration qui a été jugée compatible. La Commission relève que ceux-ci n'ont pas demandé à participer à la procédure¹⁷⁵³. Mais, faisant une lecture originale de la jurisprudence de la Cour, le Tribunal constate « que la qualité pour agir des tiers, justifiant d'un intérêt suffisant

¹⁷⁴⁶ TPICE, 19 mai 1994, *Air France/Commission*, T-2/93, II-323.

¹⁷⁴⁷ Ibid., pts 44 à 46, II-340-341.

¹⁷⁴⁸ On notera que la Cour a jugé récemment que, pour les mêmes raisons, des entreprises tierces concurrentes étaient en droit de former un recours en annulation à l'encontre d'une décision de la Commission subordonnant la déclaration de compatibilité au respect, par les entreprises parties à l'opération de concentration, de certains engagements (CJCE, 31 mars 1998, *France/Commission*, C-68/94, pts 49 à 59, I-1470-1472). Les requérantes sont directement concernées, dans la mesure où les engagements pris par les parties affectent leur situation; elles sont individuellement concernées, dans la mesure où leurs observations ont été entendues et leur situation spécialement prises en compte par la Commission.

¹⁷⁴⁹ En ce sens, G. KARYDIS, *op. cit.*, 117.

¹⁷⁵⁰ En effet, une telle décision « n'est pas de nature à modifier, par elle-même, la consistance ou l'étendue des droits des actionnaires des parties notifiantes, qu'il s'agisse de leurs droits patrimoniaux ou de de la vocation que ces derniers leur confèrent à participer à la gestion de la société » (TPICE, 28 octobre 1993, *Zunis Holding e.a./Commission*, T-83/92, pt 34, II-1183).

¹⁷⁵¹ Ibid., pt 36, II-1183.

¹⁷⁵² Conclusions de l'avocat général Lenz, not. § 45, [1996] I-21. Pour d'autres motifs, le pourvoi est rejeté (CJCE, 11 janvier 1996, *Zunis Holding e.a./Commission*, C-480/93 P, I-1).

¹⁷⁵³ Prenant acte de la jurisprudence *Cofaz*, elle prend l'exact contre-pied de sa position dans cette affaire.

pour être entendus au cours de la procédure administrative, n'est pas nécessairement subordonnée à leur participation à cette procédure (...). La Cour n'a jamais jugé que leur participation à la procédure représentait une condition nécessaire pour admettre que ces tiers sont individuellement concernés par la décision de la Commission »¹⁷⁵⁴. Tout au plus entraîne-t-elle une « présomption » en faveur de la recevabilité de leur recours. En l'espèce, « la seule circonstance que le règlement n° 4064/89 les mentionne de manière expresse et spécifique, parmi les tiers justifiant d'un "intérêt suffisant" pour présenter leurs observations devant la Commission, suffit à considérer qu'ils sont individuellement concernés par la décision »¹⁷⁵⁵. Toute autre solution aboutirait à un résultat contraire à la protection de ces personnes voulue par le règlement¹⁷⁵⁶.

609. Pour établir l'intérêt individuel, le droit à la participation semble donc suffisant. Ce droit ne s'entend pas de l'intervention effective des tiers visés; il suffit que ceux-ci disposent de droits procéduraux *formellement reconnus*. Cette position apparemment très formaliste ne peut que surprendre. Ne contredit-elle pas l'esprit de la jurisprudence *Kruidvar*? C'est oublier que l'intérêt direct n'a pas encore été établi. Or, une telle opération n'a pas d'effets sociaux directs¹⁷⁵⁷. En conséquence, le recours est déclaré irrecevable. Le Tribunal précise que le recours est irrecevable « dans la seule mesure où il ne tend pas à assurer la protection des garanties procédurales reconnues aux requérants durant la procédure administrative »¹⁷⁵⁸. Cette précision replace l'arrêt dans la ligne tracée par la jurisprudence *Metro*. Mieux, elle indique la volonté du juge de faire respecter les droits procéduraux attribués par le règlement aux tiers « sociaux ». Reste que ces droits sont limités.

D. Les procédures antidumping

610. La difficulté de ce domaine tient à la nature des actes adoptés: des actes normatifs imposant des droits provisoires ou définitifs. On sait que des raisons politiques et juridiques, historiquement liées, « l'extrême gravité » des conséquences d'une annulation et leur nature « quasi-législative », expliquent l'exclusion de principe des recours contre de tels actes¹⁷⁵⁹. Il est d'autant plus frappant de constater que la Cour a poursuivi en ce domaine une approche favorable aux parties intéressées. A l'égard des actes individuels, le principal obstacle à la recevabilité est l'établissement d'un lien individuel. A l'égard des actes normatifs, c'est la nature juridique de l'acte qui pose problème. *Ce qui réunit la jurisprudence dans tous les domaines de la régulation*

¹⁷⁵⁴ TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pt 36, II-1231.

¹⁷⁵⁵ Ibid., pt 37, II-1232.

¹⁷⁵⁶ Le considérant de principe est repris ici, doté d'un sens inédit: « En subordonnant, en règle générale, la qualité pour agir des tiers qualifiés qui bénéficient de droits procéduraux au cours de la procédure administrative à leur participation effective à cette procédure, la thèse de la Commission introduit une condition de recevabilité supplémentaire, sous la forme d'une procédure précontentieuse obligatoire, laquelle n'est pas prévue à l'article 173 du traité » (Ibid., pt 35, II-1231).

¹⁷⁵⁷ Précisément, elle n'entraîne aucune conséquence directe sur les droits résultant pour les travailleurs de leur contrat de travail (Ibid., pts 38 à 46, II-1232-1237).

¹⁷⁵⁸ Ibid., pts 46 et 47, II-1237-1238.

¹⁷⁵⁹ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a./Conseil* (aff. jtes 16 et 17/62), not. Rec. 934.

économique, c'est une même tendance à utiliser la participation procédurale pour surmonter les obstacles posés par l'article 230 CE.

En ce domaine, les parties intéressées sont si nombreuses qu'il convient de les traiter séparément. Sous le bénéfice d'un classement par catégorie apparaissent la cohérence et les incohérences de la jurisprudence.

1. Le recours des exportateurs

611. La théorie de l'acte hybride est née de l'examen de la recevabilité d'un recours intenté par des exportateurs japonais: « Ce que nous voulons dire, déclare l'avocat général Warner, c'est que le règlement n° 1178/77 est d'après nous un instrument hybride, d'un genre que la Cour n'a pas encore été amenée à examiner antérieurement et sur lequel elle sera sans doute appelée à se pencher. Pour toute personne autre que les quatre grands (et éventuellement leurs filiales et autres sociétés appartenant à leur groupe), il s'agit d'un règlement et de rien d'autre qu'un règlement. Au regard des quatre grands en revanche, il s'agit d'une décision qui les concerne directement et individuellement »¹⁷⁶⁰. Dès lors, la thèse de la recevabilité des exportateurs était acquise. Selon la Cour, il est déterminant que la disposition contestée du règlement attaquée « constitue une décision collective concernant des destinataires nommément désignés »¹⁷⁶¹. A cet égard, les exportateurs principaux et leurs filiales européennes sont associées d'une façon si étroite qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les producteurs, d'une part, et les importateurs, d'autre part¹⁷⁶².

612. Les exportateurs ont-ils intérêt à agir dans la seule mesure où le règlement les mentionne expressément? L'intérêt pratique de la question est évident: peut-on admettre que des entreprises qui sont intervenues au cours de la procédure d'adoption de l'acte, ont fait l'objet d'une enquête, sans cependant être désignées dans l'acte final, ne disposent pas d'un tel droit¹⁷⁶³? En déclarant, dans l'arrêt *Allied Corporation/Commission* du 21 février 1984 que « les actes portant institution de droits antidumping sont de nature à concerner directement et individuellement celles des entreprises productrices et exportatrices qui peuvent démontrer qu'elles ont été identifiées dans les actes de la Commission ou du Conseil ou concernées par les enquêtes préparatoires »¹⁷⁶⁴, la Cour élargit considérablement la possibilité des producteurs et des exportateurs d'utiliser la voie du recours en annulation. En l'espèce, la situation particulière des requérants fait l'objet des

¹⁷⁶⁰ Conclusions de l'avocat général Warner présentées le 14 février 1979, [1979] Rec. 1246.

¹⁷⁶¹ CJCE, 29 mars 1979, *NTN Toyo Bearing Company/Conseil*, aff. 113/77, pt 11, Rec. 1205; *Nippon Seiko/Conseil et Commission*, aff. 119/77, pt 14, Rec. 1327; *Koyo Seiko/Conseil et Commission*, aff. 120/77, pt 23, Rec. 1353; *Nachi Fujikoshi/Conseil*, aff. 121/77, pt 11, Rec. 1379.

¹⁷⁶² CJCE, 29 mars 1979, *NTN Toyo Bearing Company/Conseil*, aff. 113/77, pt 9, Rec. 1204; voir les conclusions conformes de l'avocat général Warner, Rec. 1246.

¹⁷⁶³ Cf. C. NORALL, *Judicial review of anti-dumping measures — further developments*, ELR, 1984, 51.

¹⁷⁶⁴ CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation/Commission*, aff. jtes 239 et 275/82, pt 12, Rec. 1030 (nous soulignons). On notera qu'après avoir émis des doutes quant à la recevabilité de ce recours, la Commission, au cours de la procédure orale devant la Cour, finit par l'admettre pour des raisons, semble-t-il, de pure opportunité « politique », ainsi que le précise l'avocat général: le recours étant intenté par des exportateurs américains, il convient, dans un souci de réciprocité, de reconnaître les garanties juridictionnelles que le système juridique des Etats-Unis reconnaît largement aux entreprises de pays tiers en cas de procédures antidumping (§ 9, Rec. 1029).

règlements contestés¹⁷⁶⁵. De ce fait, c'est bien la qualité de partie à la procédure précontentieuse qui fonde celle de partie à la procédure contentieuse¹⁷⁶⁶.

2. Le recours des plaignants

613. L'intérêt à agir des plaignants a été examiné par la Cour dans son arrêt *Fediol/Commission* du 2 octobre 1983¹⁷⁶⁷. La Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (FEDIOL) a introduit une plainte auprès de la Commission faisant état de pratiques de subventions du gouvernement brésilien au bénéfice de ses exportateurs de tourteaux de soja. La Cour choisit d'adopter une interprétation systématique: « cette contestation doit être résolue à la lumière de l'ensemble du système d'investigation et de défense créé par le règlement n° 3017/79 »¹⁷⁶⁸. Or l'esprit de ce système est clairement « procédural ». Ainsi,

« le règlement reconnaît l'existence d'un intérêt légitime des producteurs de la Communauté à l'institution de mesures anti-subsidies et qu'il définit, en leur faveur, certains droits précis, à savoir le droit de soumettre, à la Commission, tous éléments d'information qu'ils estiment appropriés, de prendre connaissance, sous certaines réserves, des renseignements qui se trouvent entre les mains de la Commission, d'être entendus à leur demande et d'obtenir la possibilité de rencontrer les autres parties à la même procédure, enfin, d'être informés au cas où la Commission décide de ne pas donner suite à une plainte. »¹⁷⁶⁹

La référence à la première jurisprudence *Metro* est implicite¹⁷⁷⁰. La Cour en conclut qu'« un droit de recours doit être reconnu aux plaignants au cas où il est allégué que les autorités communautaires auraient méconnu les droits qui leur sont spécifiquement reconnus par le règlement »¹⁷⁷¹. « L'intérêt légitime à voir mettre en mouvement une action défensive de la Communauté », reconnu aux plaignants, engendre « un droit de recours dans le cadre de la position juridique définie en leur faveur par le règlement »¹⁷⁷². Notons cependant que ce recours visait la communication de la Commission faisant état de son intention de ne pas ouvrir la procédure, et non un règlement adopté par le Conseil.

¹⁷⁶⁵ Ibid., pt 14, Rec. 1030.

¹⁷⁶⁶ En ce sens, J.-F. BELLIS, *Judicial Review of EEC Anti-dumping after 'Fediol': The Emergence of a New Admissibility Test*, CMLR, 1984, 549. On notera que cette solution a un autre avantage, qui n'est pas négligeable: dans le cas où l'exportateur appartient à des pays comme la République populaire de Chine n'ayant pas d'économie de marché, il est difficile de l'individualiser du point de vue juridique; dès lors, c'est bien la qualité de partie participant à l'enquête préparatoire qui fonde son intérêt direct et individuel à agir (TPICE, 11 juillet 1996, *Sinochem Heilongjiang/Conseil*, T-161/94, pts 45 à 50, II-714-715; TPICE, 25 septembre 1997, *Shanghai Bicycle/Conseil*, T-170/94, pts 35 à 42, II-1400-1402: dans ces affaires, s'en tenant à une position très formaliste, le Conseil et la Commission soutenaient que, dans de telles hypothèses, les procédures et règlements sont dirigés contre l'Etat concerné et non contre les différents exportateurs associés à l'enquête).

¹⁷⁶⁷ CJCE, 4 octobre 1983, *FEDIOL/Commission*, aff. 191/82, Rec. 2913.

¹⁷⁶⁸ Ibid., pt 15, Rec. 2932.

¹⁷⁶⁹ Ibid., pt 25, Rec. 2934.

¹⁷⁷⁰ Ibid., en ce sens, Conclusions de l'avocat général Rozès, Rec. 2945.

¹⁷⁷¹ Ibid., pt 28, Rec. 2935.

¹⁷⁷² Ibid., pt 31, Rec. 2936.

614. Pareille solution s'applique à l'encontre d'un règlement du Conseil. Dans l'affaire *Timex/Commission* du 20 mars 1985, la Cour expose trois éléments justifiant la recevabilité du recours du plaignant: la plainte déposée à l'initiative de la requérante a donné lieu à l'ouverture de la procédure d'enquête au cours de laquelle elle a d'ailleurs été entendue¹⁷⁷³; la requérante est le principal fabricant de montres et de mouvements de montres mécaniques dans la Communauté¹⁷⁷⁴; le règlement adopté repose en grande partie sur les observations présentées par la requérante¹⁷⁷⁵. Au total, « le rôle de la requérante dans le cadre de la procédure antidumping et sa position sur le marché visé par la réglementation attaquée » confirme largement le lien direct et individuel qui la rattache au règlement adopté¹⁷⁷⁶. Tels sont les deux critères que la jurisprudence *Cofaz* reprendra.

615. Il apparaît ainsi que la Cour a opéré un déplacement fondamental. *Ce qui importe pour la recevabilité n'est plus la nature de l'acte attaqué, mais la nature de la procédure qui conduit à l'adoption de cet acte*¹⁷⁷⁷. A cet égard, la controverse développée entre les parties dans l'affaire *Timex* est significative: tandis que le Conseil et la Commission soutenaient encore que l'élément à prendre en compte est « la nature de l'acte lui-même et les effets juridiques qu'il produit »¹⁷⁷⁸, la requérante soutenait que seul le fait que « l'acte se présenterait comme l'aboutissement d'une procédure administrative entamée à la demande de celle-ci » compte¹⁷⁷⁹. Cette dernière a incontestablement mieux compris, dans son intérêt, la réalité de la matière, essentiellement « procéduralisée »¹⁷⁸⁰. La Cour en a tiré profit pour élargir les possibilités de recours direct.

3. Le recours des importateurs

616. Cette catégorie devait poser plus de problèmes. La difficulté concerne surtout les importateurs indépendants: indépendance signifie, dans l'analyse de la Cour, « non affiliée à une entreprise productrice ou exportatrice »¹⁷⁸¹.

a) Les solutions restrictives

617. Dans l'une des premières affaires de « roulements à billes », la Cour a bien déclaré recevable un recours introduit par un importateur indépendant, contre l'avis de l'avocat général

¹⁷⁷³ CJCE, 20 mars 1985, *Timex/Conseil et Commission*, aff. 264/82, pts 13 et 14, Rec. 865.

¹⁷⁷⁴ Ibid., pt 15, Rec. 866.

¹⁷⁷⁵ Ibid., pt 15, Rec. 867.

¹⁷⁷⁶ Ibid., pt 12 et pt 16, Rec. 865-866.

¹⁷⁷⁷ Cf. J.-F. BELLIS, *op. cit.*, 549; J. USHER, *Regulations — general and individual at the same time?*, ELR, 1984, 263-265; R. GREAVES, *Locus Standi under Article 173 EEC when seeking Annulment of a Regulation*, ELR, 1986, 129-133.

¹⁷⁷⁸ CJCE, 20 mars 1985, *Timex/Conseil et Commission*, aff. 264/82, pt 9, Rec. 864.

¹⁷⁷⁹ Ibid., pt 10, Rec. 864-865.

¹⁷⁸⁰ Voy. la présentation de la matière, *supra*, §§ 90 et ss.. Tant il est vrai que, dans cette matière, « la situation factuelle, bien qu'elle est d'applicabilité générale, fait partie d'une procédure administrative précise et détaillée qui culmine dans le règlement adopté » (R. GREAVES, *op. cit.*, 132).

¹⁷⁸¹ CJCE, 6 octobre 1982, *Alusuisse/Conseil et Commission*, aff. 307/81, pt 3, Rec. 3471.

Warner. Mais cette solution semblait dictée par les circonstances particulières de la cause¹⁷⁸². C'est l'arrêt *Alusuisse/Conseil et Commission* du 6 octobre 1982 qui a rappelé le principe¹⁷⁸³. Selon l'avocat général Rozès, l'argumentation de requérante, importateur indépendant d'orthoxylène, « repose manifestement sur une assimilation abusive de la phase préparatoire à l'adoption du règlement à celle-ci même. En d'autres termes, elle confond la nature de l'instruction avec la nature de l'acte »¹⁷⁸⁴. Or, la Cour n'accepte de se fonder que « sur la nature de l'acte lui-même et les effets juridiques qu'il produit, et non pas sur les modalités de son adoption »¹⁷⁸⁵. En conséquence, le poids de leur participation procédurale fléchit devant le caractère objectif de la situation visée par l'acte¹⁷⁸⁶. Il importe peu, dès lors, que le requérant relève qu'il a participé à tous les stades de la procédure, car « l'existence du dumping n'a pas été établie en fonction de ses prix de revente » et « la distinction entre le règlement et la décision ne peut être fondée que sur la nature de l'acte, et non pas sur les modalités de son adoption »¹⁷⁸⁷.

618. Le contraste avec la position de la Cour relative aux exportateurs et aux plaignants est frappant. Pourtant, les importateurs sont expressément mentionnés comme parties intéressées dans les règlements de base successifs, à l'égal des deux autres. On voit deux raisons à cette différence de traitement. D'une part, leur participation s'avère souvent, dans les faits, d'une portée limitée: le résultat de la procédure, c'est-à-dire les calculs effectués par la Commission, n'en dépendent pas. D'autre part et surtout, il est constant que les importateurs ont la possibilité de s'adresser aux juridictions nationales¹⁷⁸⁸. Cette restriction est le produit d'un argument tiré de la « systématique du contentieux », que nous aborderons plus loin.

619. La Cour s'est montrée plus libérale à l'égard de deux groupes particuliers d'importateurs, soit qu'il s'agisse d'importateurs associés aux exportateurs¹⁷⁸⁹, soit que la situation particulière de

¹⁷⁸² CJCE, 29 mars 1979, *ISO/Conseil*, aff. 118/77, Rec. 1277. Il s'agissait en l'espèce de l'importateur exclusif de l'un des quatre producteurs principaux concernés et, d'autre part, les prix d'exportation sur lesquels la Commission s'était fondée pour établir l'existence du dumping étaient déterminés par référence aux prix de revente de cet importateur. En ce sens, il s'agissait d'un importateur moins indépendant qu'« associé » au résultat (v. également CJCE, 5 janvier 1988, *Canon/Conseil*, aff. jtes 277 et 300/85, pt 8, Rec. 5798).

¹⁷⁸³ CJCE, 6 octobre 1982, *Alusuisse/Conseil et Commission*, aff. 307/81, Rec. 3463.

¹⁷⁸⁴ Ibid., Conclusions de l'avocat général Rozès, Rec. 3477.

¹⁷⁸⁵ Ibid., pt 13, Rec. 3473.

¹⁷⁸⁶ Ibid., pt 11, Rec. 3472. Plus clairement encore: « à la différence de la situation envisagée par la Cour dans son arrêt du 29 mars 1979, l'existence du dumping a été établie, en l'occurrence, en fonction du prix d'exportation des producteurs américains et non en fonction du prix de revente pratiqué par les importateurs européens, de manière que la société Demufert, à la différence des producteurs et exportateurs, n'a pas été concernée directement par les constatations relatives à l'existence d'une pratique de dumping » (CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation/Commission*, aff. jtes 239 et 275/82, pt 15, Rec. 1031).

¹⁷⁸⁷ Deux ordonnances de la Cour rendues le même jour se prononcent en ce sens: CJCE, 8 juillet 1987, *Sermes/Commission*, aff. 279/86, pts 10 à 19, Rec. 3113-3115; *Frimodt Pedersen/Commission*, aff. 301/86, pts 10 à 19, Rec. 3127-3129.

¹⁷⁸⁸ « Cette solution est par ailleurs conforme au système de voies de recours institué par le droit communautaire, les importateurs étant habilités à attaquer devant les juridictions nationales les actes individuels pris par les autorités nationales pour l'application des règlements communautaires » (CJCE, 6 octobre 1982, *Alusuisse/Conseil et Commission*, aff. 307/81, pt 13, Rec. 3473; CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation/Commission*, aff. jtes 239 et 275/82, pt 15, Rec. 1031).

¹⁷⁸⁹ Cela concerne, dans la ligne de la jurisprudence *ISO*, les importateurs concernés du fait que les prix à l'exportation utilisés pour établir l'existence d'un dumping sont déterminés par rapport aux prix de revente de l'importateur, conformément à une pratique autorisée par le règlement de base dès lors qu'il y a association entre

ces importateurs a fourni les éléments de fixation de la mesure antidumping¹⁷⁹⁰. En toute hypothèse, il faut que soit démontré que le résultat de la procédure affecte les activités commerciales des parties concernées; leur participation à la procédure ne suffit pas. Ainsi, on ne peut dire que cette jurisprudence modifie la position de la Cour¹⁷⁹¹. Aussi a-t-elle fait l'objet de très nombreuses critiques de la part de la doctrine¹⁷⁹².

b) La jurisprudence *Extramet*

620. L'arrêt *Extramet* a rompu avec cet état du droit. *Extramet* est le principal importateur communautaire indépendant de calcium-métal originaire de Chine et d'Union soviétique. Le 18 septembre 1989, le Conseil instituait un droit antidumping définitif sur ces importations. Rappelant sa jurisprudence antérieure, la Cour déclare pour la première fois:

« Cette reconnaissance du droit de certaines catégories d'opérateurs économiques d'introduire un recours en annulation d'un règlement antidumping ne saurait cependant empêcher que d'autres opérateurs puissent également être individuellement concernés

l'exportateur et l'importateur (CJCE (Ordonnances), 8 juillet 1987, *Sermes/Commission*, aff. 279/86, pt 16, Rec. 3114; *Frimodi Pedersen/Commission*, aff. 301/86, pts 16, Rec. 3128; CJCE (Ordonnance), 11 novembre 1987, *Nuova Cream/Commission*, aff. 205/87, pt 13, Rec. 4431). Cette jurisprudence a été étendue aux cas où ce n'est pas l'existence du dumping qui est établie sur la base des prix de revente de ces importateurs associés, mais le calcul du droit antidumping lui-même (CJCE, 11 juillet 1990, *Neotype Techmasheexport/Commission et Conseil*, aff. jtes C-305/86 et C-160/87, pt 20, I-2999; et le même jour (publication sommaire), *Enital/Commission et Conseil*, aff. jtes C-304/86 et C-185/87, I-2939; *Stanko France/Commission et Conseil*, aff. jtes C-320/86 et C-188/87, I-3013; *Electroimpex e.a./Conseil*, C-157/87, I-3031)

¹⁷⁹⁰ Cette ouverture concerne le cas particulier des « *Original Equipment Manufacturers* » (OEM), c'est-à-dire les entreprises qui achètent des produits auprès des fabricants pour les vendre sous leur propre marque. Dans ces affaires, l'avocat général rejette une approche formelle: « ce qui me semble déterminant, en ce qui concerne la recevabilité en matière antidumping, ce n'est pas tant la qualité de producteur-exportateur ou d'importateur associé d'un requérant, mais la façon dont sa situation concrète a été prise en considération. Il résulte, en effet, de ce qui précède que sont susceptibles d'être individuellement concernés par un règlement instituant un droit antidumping des *producteurs*, des *exportateurs* et des *importateurs* (...). Mais il résulte également que le simple fait d'être *producteur* ou *exportateur* d'un produit soumis à un droit antidumping ne suffit pas pour que l'opérateur économique en question soit considéré comme étant individuellement concerné. Ce qui est déterminant c'est que les pratiques de dumping leur soient imputées sur base de données émanant de leurs activités commerciales (...). De même, pour être individuellement concerné, il ne suffit pas que l'*importateur* soit associé à l'exportateur du produit en cause (...) si l'*association* n'est pas une condition suffisante pour que l'importateur puisse être considéré comme étant individuellement concerné, elle ne constitue, d'un autre côté, pas non plus une condition nécessaire pour que tel soit le cas » (Conclusions de l'avocat général Mischo, §§ 33-37, [1990] I-748). Ainsi, selon la Cour, « sans qu'il y ait lieu de qualifier la requérante comme importateur ou exportateur, et compte tenu de ses relations commerciales avec Ricoh [Mita, i.e. le producteur], Nashua [Gestetner] est concernée par les constatations relatives à l'existence de la pratique de dumping incriminée et que, dès lors, elle est concernée directement et individuellement par les dispositions de règlement litigieux... » (CJCE, 14 mars 1990, *Nashua Corporation e.a./Commission et Conseil*, aff. jtes C-133/87 et C-150/87, pt 20, I-773; *Gestetner Holdings/Conseil et Commission*, C-156/87, pt 23, I-834).

¹⁷⁹¹ Il est ainsi étonnant de constater que, dans son arrêt *Extramet*, qui suivra, la Cour range cette jurisprudence, contre sa lettre, sous la qualification des entreprises *exportatrices* et *productrices* concernées par les actes préparatoires (pt 15, I-2532).

¹⁷⁹² Voy., par exemple, J. TEMPLE LANG, *Judicial Review of Trade Safeguard Measures in the European Community*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE* (1985), B. Hawk (ed.), 1986, 641-693; E. VAN GINDERACHTER, *Problématique de la recevabilité au regard de la réglementation CEE en matière de dumping et de subventions: Etat de la question et perspectives d'avenir*, CDE, 1987, 635-666; M.A. MATARASO, *The Independent Importer's Right of Review of Antidumping Regulations Before the Court of Justice of the European Communities*, FILJ, 1989, vol. 12, 682-726.

par un tel règlement, en raison de certaines qualités qui leur sont particulières et qui les caractérisent par rapport à toute autre personne.

« Or, la requérante a établi l'existence d'un ensemble d'éléments constitutifs d'une telle *situation particulière* qui la caractérise, au regard de la mesure en cause, par rapport à tout autre opérateur économique. En effet, elle est l'importateur le plus important du produit faisant l'objet de la mesure antidumping et, en même temps, l'utilisateur final de ce produit. En outre, ses activités économiques dépendent, dans une très large mesure, de ces importations et sont sérieusement affectées par le règlement litigieux, compte tenu du nombre restreint de producteurs du produit concerné et du fait qu'elle éprouve des difficultés à s'approvisionner auprès du seul producteur de la Communauté qui est, au surplus, son principal concurrent pour le produit transformé.

« Il en résulte que l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Conseil doit être rejetée. »¹⁷⁹³

Ce passage marque un retour à l'esprit libéral de la jurisprudence *Plaumann*¹⁷⁹⁴. L'individualisation des requérants s'effectue sur la base de leur situation particulière, indépendamment de leur qualité objective de producteur, d'exportateur, de plaignant ou d'importateur.

621. La démarche de la Cour a été critiquée. La prise en considération des seuls critères factuels impliquerait une démarche casuistique, complexe et peu claire¹⁷⁹⁵. Quelle doit être l'importance de l'importateur sur le marché? Quel doit être le degré précis d'affectation de ses activités? Ce qui est clair, c'est que les éléments pris en considération dans cet arrêt ne sont pas exclusifs. Que l'un des éléments vienne à manquer, l'individualisation peut cependant être établie sur la base d'une situation particulière. Ainsi en a jugé le Tribunal¹⁷⁹⁶.

622. Il est vrai qu'une autre démarche se proposait: elle consistait précisément à se fonder sur la participation à la procédure. Les conclusions de l'avocat général Jacobs allaient en ce sens¹⁷⁹⁷. Or, force est de constater qu'« en dépit de la forte implication du requérant dans la procédure ayant conduit à l'adoption du règlement litigieux, la Cour n'évoqua pas cette implication comme une raison valable d'admettre la recevabilité du recours »¹⁷⁹⁸. Selon A. Arnall, une telle solution eût été préférable pour assurer la cohérence de la jurisprudence de la Cour.

4. Le recours des consommateurs

¹⁷⁹³ CJCE, 16 mai 1991, *Extramet Industrie/Conseil*, C-358/89, pts 16 à 18, I-2532 (nous soulignons).

¹⁷⁹⁴ Cf. O.W. BROUWER & F. CARLIN, *Qualité pour agir dans les procédures anti-dumping après l'arrêt Extramet*, DPCI, 1991, 257.

¹⁷⁹⁵ En ce sens, F. CASTILLO DE LA TORRE, *Anti-dumping policy and private interest*, ELR, 1992, 349.

¹⁷⁹⁶ En l'espèce, le troisième élément de l'affaire *Extramet* était absent, la requérante n'éprouvant pas de difficulté à s'approvisionner: TPICE, 15 octobre 1998, *Industrie des poudres sphériques/Conseil*, T-2/95, pts 49 à 54, I-3957-3958.

¹⁷⁹⁷ Sa proposition était que « la Cour devrait reconnaître qu'un acte instituant un droit antidumping concerne directement et individuellement toute entreprise en mesure d'établir soit: a) qu'elle est identifiée, expressément ou implicitement dans l'acte en question; soit b) qu'elle a participé aux enquêtes préparatoires d'une façon pouvant être considérée comme ayant influencé leur résultat, au moins lorsque sa position sur le marché est substantiellement affectée par la mesure », deux conditions remplies par la requérante en l'espèce (Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 75, [1991] I-2525).

¹⁷⁹⁸ A. ARNULL, *Challenging EC Antidumping Regulations: The Problem of Admissibility*, ECLR, 1992, 79.

623. Cette solution était possible, dans la mesure où Extramet voyait sa position économique affectée par le résultat de la procédure. Il n'en va pas de même à l'égard d'une association de consommateurs désireuse d'agir en justice. Dans une affaire jugée quelques semaines plus tard, le Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) attaquait une lettre de la Commission lui refusant l'accès au dossier. En l'espèce, le recours est déclaré recevable sur le fondement de la nature de l'acte¹⁷⁹⁹. Il est douteux, cependant, qu'il pût en aller ainsi en cas de recours contre un règlement antidumping¹⁸⁰⁰. Pour établir son intérêt à agir, le requérant invoquait la jurisprudence *Van der Kooy*. Mais, selon l'avocat général Mischo, le BEUC n'a pas exercé un rôle comparable au Landbouwschap. Si la Commission peut l'admettre à participer, cette participation n'est pas jugée déterminante. Comme le BEUC n'entre pas dans le calcul effectué par la Commission pour établir le droit antidumping¹⁸⁰¹, son droit d'agir ne saurait être établi sur la seule base d'une participation *ad hoc*. Seule une reconnaissance formelle de droits procéduraux dans le règlement de base aurait pu lui ouvrir un tel droit¹⁸⁰².

§ II. L'INTEGRATION DE LA PARTICIPATION PROCEDURALE DANS LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE

624. Théoriquement, le rapport entre participation procédurale et protection juridictionnelle peut se résoudre suivant trois modèles différents: un modèle de l'alternative (A), de la séparation (B) ou de l'intégration (C)¹⁸⁰³. Ils peuvent servir de point de départ à l'analyse systématique de la jurisprudence. Tous trois connaissent une certaine application en droit communautaire, bien que le dernier soit le modèle dominant.

A. « Le modèle de l'alternative »: l'argument de la « subsidiarité judiciaire »

625. Ce modèle consiste à poser une concurrence parfaite entre les deux procédures, de sorte que la participation à la procédure précontentieuse exclurait la participation contentieuse. Ce modèle caractérise les ordres juridiques dans lesquels la procédure administrative est conçue comme une structure "para-juridictionnelle". Ce n'est pas le cas en droit communautaire. Une variante s'y manifeste cependant, quand le juge considère que la participation des intéressés à une procédure contentieuse *nationale* permet d'exclure le bénéfice d'une protection juridictionnelle *communautaire*: c'est ainsi que, « en cas d'absence d'une possibilité de recours au titre de l'article 173 du traité, les intéressés peuvent encore toujours former un recours contre les actes d'exécution nationaux devant le juge national, ce qui permet alors aussi de mettre en cause la légalité des décisions communautaires ». Aux yeux de l'avocat général Verloren Van Themaat,

¹⁷⁹⁹ CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC/Commission*, C-170/89, pts 9 à 12, I-5739.

¹⁸⁰⁰ *Contra*: A. ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, 170.

¹⁸⁰¹ Conclusions de l'avocat général Mischo, §§ 14 à 32, I-5729-5732.

¹⁸⁰² Voy. *supra*, § 567.

¹⁸⁰³ Ces modèles sont élaborés par P. DURET dans le contexte du droit italien (*PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE E LEGGITIMAZIONE PROCESSUALE*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996; v. le compte-rendu de A. TRAVI, *Interessi procedurali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto*, *Diritto pubblico*, 1997/2, 531-546).

cette solution paraît justifiée en matière agricole ou douanière, et dans tous les domaines de la *régulation marchande* où les actes adoptés nécessitent presque automatiquement l'adoption d'actes d'exécution nationaux¹⁸⁰⁴.

626. Pareille variante du modèle alternatif trouve une application en *droit antidumping*. Une jurisprudence constante, courant sur une dizaine d'années, a justifié l'irrecevabilité des recours intentés par les *importateurs indépendants* au motif que « cette solution est conforme au système de voies de recours institué par le droit communautaire, les importateurs étant habilités à attaquer devant les juridictions nationales les actes individuels pris par les autorités nationales pour l'application des règlements communautaires »¹⁸⁰⁵. Le fait que la validité du règlement instituant le droit antidumping puisse être utilement contestée par les requérants devant le juge national, et éventuellement donner lieu à un renvoi devant la Cour au titre de l'article 234 CE, serait à la fois suffisant et satisfaisant.

627. Cette jurisprudence est critiquable, en ce qu'elle revient à opérer une double discrimination. D'une part, elle isole sans raison valable cette catégorie de personnes des autres intéressés. D'autre part, elle oblige à distinguer, au sein de cette catégorie, selon les droits nationaux¹⁸⁰⁶. C'est l'avocat général Reischl qui a découvert le vice fondamental de toute cette construction: « la recevabilité des recours déposés au titre de l'article 173 ne peut naturellement pas dépendre de la possibilité d'attaquer une réglementation communautaire contestée, une fois qu'elle a été appliquée par les organismes nationaux, devant une juridiction nationale, ce qui pourrait éventuellement donner lieu à une procédure au titre de l'article 177 du traité. *Le traité ne connaît manifestement pas un tel rapport de subsidiarité entre différentes protections juridiques possibles* »¹⁸⁰⁷. De manière générale, une telle procédure est lente et coûteuse. Elle présente, en outre, de graves inconvénients dans les matières économiques qui supposent une compétence et une expérience technique particulières. Dès lors, la précision et l'uniformité de la jurisprudence pourraient en pâtir. Enfin, « seul un recours direct devant la Cour offre à toutes les parties concernées par l'institution du droit visé, y compris l'industrie communautaire, la possibilité de participer à la procédure ». Pour tous ces motifs, la Cour abandonne, dans l'arrêt *Extramet*, la jurisprudence sur « le système des voies de recours »¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁴ Conclusions de l'avocat général Verloren Van Themaat dans l'affaire *Cofaz/Commission* (aff. 169/84), [1986] Rec. 404.

¹⁸⁰⁵ CJCE, 6 octobre 1982, *Alusuisse/Conseil et Commission*, aff. 307/81, pt 13, Rec. 3473; CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation/Commission*, aff. jtes 239 et 275/82, pt 15, Rec. 1031; CJCE (Ordonnances), 8 juillet 1987, *Sermes/Commission*, aff. 279/86, pt 20, Rec. 3115; *Frimodt Pedersen/Commission*, aff. 301/86, pts 20, Rec. 3129; CJCE (Ordonnance), 11 novembre 1987, *Nuova Cream/Commission*, aff. 205/87, pt 17, Rec. 4432.

¹⁸⁰⁶ Voir, sur ces deux points, les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Extramet* (C-358/89), [1991] I-2509.

¹⁸⁰⁷ Conclusions de l'avocat général Reischl dans l'affaire *Roquette Frères/Conseil* (aff. 138/79), [1980] Rec. 3367-3368.

¹⁸⁰⁸ Elle se contente de mentionner les arrêts *Nashua* et *Gestetner* dans lesquels — comme le rappellent O.W. Brouwer et F. Carlin — « elle n'a pas fait référence non plus à la possibilité de recours devant les juridictions nationales, bien que cette possibilité existait pour les (filiales des) OEM » (*Qualité pour agir dans les procédures anti-dumping après l'arrêt Extramet*, DPCI, 1991).

628. De manière générale, au sein de la régulation économique, « l'existence de voies de droit éventuellement ouvertes devant le juge national ne saurait être exclusive de la possibilité de contester directement, devant le juge communautaire, la légalité de la décision adoptée par une institution communautaire, sur le fondement de l'article 173 du traité »¹⁸⁰⁹. La protection juridictionnelle, droit fondamental reconnu par la jurisprudence communautaire, ne saurait être soumise à la possibilité, variable et aléatoire, d'un recours national.

629. L'articulation du renvoi préjudiciel et du recours en annulation peut ainsi être clarifiée. *De ce qu'il existe d'autres voies de recours pour les parties intéressées, il ne s'ensuit pas que l'accès direct à la Cour de justice doit être interdit*¹⁸¹⁰. Mais dès lors qu'un recours direct apparaît, pour une raison liée aux conditions strictes de recevabilité des recours communautaires, impossible, il est loisible de se demander s'il existe une voie nationale qui permet de recourir indirectement à la Cour de justice. Sans remettre en cause le système contentieux communautaire, il s'agit de l'aménager au mieux des intérêts des particuliers. Ici réapparaît le principe de « subsidiarité judiciaire », comme voie alternative mais non supplétive des voies de recours direct.

630. D. Simon remarque qu'il existe « un argument qu'on rencontre de plus en plus fréquemment dans la jurisprudence récente et qui repose sur une lecture de la "système de la Cour de justice" inspirée d'un principe de "subsidiarité judiciaire": le juge communautaire constate que l'irrecevabilité du recours direct en annulation ne prive pas les requérants de toute protection juridictionnelle, dans la mesure où ils pourraient mettre en cause par voie d'exception la validité du règlement litigieux à l'occasion d'un recours introduit devant les juridictions nationales... »¹⁸¹¹. Cet argument répond au souci de ne pas laisser le requérant dépourvu de tout recours. Bien que cette considération apparaisse généralement de manière surabondante¹⁸¹², elle n'en possède pas moins une forte cohérence. Elle s'inscrit dans la logique voulue par le traité qui a établi, d'après la formule célèbre de l'arrêt *Les Verts*, « un système complet de voies de recours et de procédure destinées à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions »¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁹ Voy. par ex. TPICE, 19 mai 1994, *Air France/Commission*, T-2/93, pt 69, II-158. A l'occasion d'un recours en carence. TPICE, 3 juin 1999, *TF1/Commission*, T-17/96, pt 35, II-1773.

¹⁸¹⁰ Et inversement: cet accès ne saurait dépendre de l'absence d'autres voies de recours devant les Tribunaux nationaux (Conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire *Kruidvat/Commission* (C-70/97 P), § 22, [1998] I-7211).

¹⁸¹¹ D. SIMON, *comm.*, Europe, 1997, n° 189. Certains observateurs notent ainsi qu'il s'agit d'un argument qui « tend à devenir classique » devant le juge communautaire d'annulation (en ce sens, D. RITLÉNG, *comm.*, Europe, 1999, n° 330).

¹⁸¹² Le plus souvent en fin de jugement: voir, ainsi, TPICE, 22 octobre 1996, *CSF et CSME/Commission*, T-154/94, pt 53, I-1396-1397; 22 octobre 1996, *Salt Union/Commission*, T-330/94, pt 39, II-1489; 12 décembre 1996, *Kruidvat/Commission*, T-87/92, pt 75, II-1957; CJCE, 21 janvier 1999, *France/Commission*, C-73/97 P, pt 40.

¹⁸¹³ CJCE, 17 novembre 1998, *Kruidvat/Commission*, C-70/97 P, pt 48, I-7230. Voir également les remarques de F.G. JACOBS (*EC Competition and Trade Law*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE* (1994), B. Hawk (ed.), 1995, 592-593). Notons cette jurisprudence soulève une difficulté supplémentaire, jusqu'à présent éludée par le juge communautaire. En opérant le renvoi aux juridictions nationales, il feint d'ignorer la distinction existant, en droit interne de la concurrence, entre autorités spécialisées et juridictions ordinaires. Or, pour le requérant, les conséquences en sont fondamentalement différentes. L. Idot met

B. « Le modèle de la séparation » : « l'intérêt à la procédure »

631. Selon ce modèle, les deux instances de participation sont totalement indépendantes et, en conséquence, la participation administrative ne génère ni droit ni intérêt direct à participer à la procédure juridictionnelle.

Dans le vaste domaine de la régulation marchande, une jurisprudence constante affirme que l'intérêt à agir des tiers est conditionné par un « intérêt matériel direct » affecté par la décision définitive¹⁸¹⁴. Dans la jurisprudence économique, au contraire, un « intérêt procédural » seul peut suffire. On conçoit que cette jurisprudence ait pu surprendre. C'est qu'elle remettait en cause une solution apparemment logique consistant à ne considérer comme recevables que ceux des recours intentés par des personnes matériellement et spécialement affectées. De ce point de vue, le simple fait de participer à la procédure, soit par le dépôt d'une plainte, soit par une intervention en cours de procédure, pouvait sembler dénué de toute conséquence juridictionnelle, car il ne donnait à ces personnes aucun droit matériel spécifique susceptible d'être affecté¹⁸¹⁵. Or, la jurisprudence économique admet que la participation crée *per se* des droits, de nature procédurale, qui méritent, suivant l'expression de l'avocat général Rozès, « la garantie d'une protection juridictionnelle efficace ». Nul besoin, dès lors, de démontrer l'existence d'un « droit matériel » à l'adoption de la décision définitive. Ce sont les garanties de procédure qui donnent la qualité de partie¹⁸¹⁶. Il en résulte cette conséquence pratique que, si une décision n'affecte pas matériellement les tiers, « ces derniers doivent cependant se voir reconnaître qualité pour agir à l'encontre de ladite décision dans le but précis d'examiner si les garanties procédurales auxquelles ils étaient en droit de prétendre, au cours de la procédure administrative, ont été méconnues »¹⁸¹⁷.

632. Cette conception réintègre la participation procédurale au sein de la protection juridictionnelle. Ainsi se dessine une nouvelle problématique de la recevabilité. Ce qu'il faut demander alors, ce n'est plus tant si les requérants se trouvent dans une *position analogue* à celle du destinataire de la décision, c'est de savoir s'ils disposent d'une position qui manifeste un *intérêt individuel concurrent à l'intérêt public* défendu par l'administration communautaire¹⁸¹⁸.

en garde le juge contre cette tendance à « mettre sur le même plan autorités spécialisées et juridictions de droit commun alors que, non seulement le rôle de chaque catégorie est tout à fait différent (défense de l'intérêt général et protection du marché dans le premier cas; règlement d'un litige entre particuliers dans le second), mais que, de plus, six autorités nationales sont encore dépourvues de toute possibilité d'appliquer le droit communautaire! » (L. IDOT, *comm.*, Europe, 2000, n° 50). Cette distinction est d'autant plus accessible au juge communautaire qu'il l'utilise, nous l'avons vu, pour distinguer son propre contrôle de celui de la Commission.

¹⁸¹⁴ Voir, par ex., en matière de mesures de sauvegarde CJCE, 17 janvier 1985, *Piraiki-Patraki/Commission*, aff. 11/82, Rec. 207; v., notamment, les conclusions de l'avocat général Verloren van Themaat dans cette affaire, Rec. 216-217.

¹⁸¹⁵ Très significative est ainsi la réaction de J. DENNAGE après le premier arrêt *Metro* rendu en 1977 (*Locus standi and Article 173 EEC: the effect of Metro SB Gossmärkte v. Commission*, ELR, 1979, not. 30-34).

¹⁸¹⁶ Pour un raisonnement exemplaire sur ce point, v. les conclusions de l'avocat général Rozès dans l'affaire *Fediol/Commission* (aff. 191/82), [1983] Rec. 2947-2950.

¹⁸¹⁷ TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pt 46, II-1237.

¹⁸¹⁸ En ce sens, Conclusions de l'avocat général Rozès, [1983] Rec. 2947-2948.

Ce qui devient déterminant, ce n'est point le contrôle des effets de l'acte adopté, c'est le contrôle du pouvoir discrétionnaire exercé par la Commission¹⁸¹⁹.

633. La reconnaissance d'un droit fondamental à la protection procédurale et celle d'un droit fondamental au juge procèdent de la même démarche du juge communautaire. Elle reconnaît à la discrétion administrative sa part irréductible mais refuse de lui donner une extension illimitée; au contraire, c'est au moment où elle s'exerce que les tiers intéressés méritent d'autant plus d'être protégés¹⁸²⁰. En ce sens, G. Isaac écrivait que « la Procédure Administrative Non Contentieuse apparaît comme le prolongement naturel, la consécration complète enfin rendue possible du *droit à la protection juridictionnelle* »¹⁸²¹. Il existe ainsi un rapport réciproque entre les « garanties procédurales » et les « garanties juridictionnelles »: celles-ci assurent un contrôle sur le respect dû à celles-là; les garanties procédurales préviennent contre un recours accru au juge, en offrant un premier cadre à la délibération¹⁸²². Les deux types de garanties participent d'un même souci et d'une même philosophie: elles permettent de multiplier les instances de délibération sur les désaccords¹⁸²³. Toutes deux manifestent un « *intérêt à la procédure* »¹⁸²⁴.

634. A cette conception s'attachent deux corollaires pratiques. Il est évident d'abord qu'une partie jugée recevable sur ce fondement est fondée à soumettre au juge non seulement des moyens de procédure mais également des moyens de fond relatifs aux mesures adoptées¹⁸²⁵. D'autre part, le juge considère que la qualité pour agir conférée à une partie doit résulter d'une participation personnelle de cette partie à la procédure¹⁸²⁶.

C. « Le modèle de l'intégration »: vers une procédure « socialisée »

¹⁸¹⁹ Ainsi la Cour déclare: « il convient de reconnaître aux plaignants, dans l'esprit des principes qui inspirent les articles 164 et 173 du traité, le droit de se prévaloir, en ce qui concerne tant l'appréciation des éléments de fait que l'institution de mesures de défense prévues par le règlement, d'un *contrôle judiciaire approprié à la nature des pouvoirs réservés*, en la matière, aux institutions de la Communauté » (CJCE, 4 octobre 1983, *Fediol/Commission*, aff. 191/82, pt 29, Rec. 2935; nous soulignons).

¹⁸²⁰ Sur le droit au juge, voy. not. en matière de carence le raisonnement du Tribunal. TPICE, 3 juin 1999, *TFI/Commission*, T-17/96, pt 50, II-1778; de même, en matière de référé, CJCE, 17 décembre 1998, *Emesa Sugar/Conseil*, C-363/98 P(R), pts 55 à 57, I-8810-8811. Les fondements de cette jurisprudence se trouvent dans: CJCE, 15 mai 1986, *Johnston/Chef Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, pt 18, I-1681; v. F. PICOD, *Le droit au juge en droit communautaire*, in *LE DROIT AU JUGE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (éd.), LGDJ, Paris, 1998, 141-170.

¹⁸²¹ G. ISAAC, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968, 219.

¹⁸²² Ibid., 218-219 et 647.

¹⁸²³ Pour une application de la théorie de la délibération au système communautaire contentieux, v. T. DE LA MARE, *Article 177 EC in Social and Political Context: Perspectives on the Key Procedure for EC Legal Integration*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW*, P. Craig & G. De Búrca (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999. L'auteur voit dans cette procédure l'implication de toutes les parties dans le discours plutôt qu'une simple coopération institutionnelle.

¹⁸²⁴ L'expression est employée par l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Pays-Bas e.a./Commission*, (aff. jointes C-48/90 et C-66-90), [1992] I-593. « L'intérêt de la procédure » est une notion commune de tout contentieux (art. 34 du Règlement de procédure de la Cour; art. 40 du Règlement de procédure du Tribunal).

¹⁸²⁵ CJCE, 20 mars 1985, *Timex/Conseil et Commission*, aff. 264/82, pt 16, Rec. 866.

¹⁸²⁶ Voy., en matière d'antidumping: CJCE, 7 juillet 1994, *Gao Yao/Conseil*, C-75/92, pts 30 et 31, I-3188; en matière de concurrence: TPICE, 12 décembre 1996, *Kruidvat/Commission*, T-87/92, pts 64 et 65, II-1953-1954; en matière d'aides: TPICE, 15 septembre 1998, *BP Chemicals/Commission*, T-11/95, pt 73, II-3259.

635. Le droit communautaire adopte ce dernier modèle d'intégration. Il ne conçoit pas, cependant, d'intégration *stricte*: un principe général traverse toute cette jurisprudence, selon lequel « subordonner la qualité à agir des tiers qualifiés bénéficiant de droits procéduraux au cours d'une procédure administrative à leur participation effective à la procédure reviendrait à introduire une condition de recevabilité supplémentaire, sous la forme d'une procédure précontentieuse obligatoire, laquelle n'est pas prévue à l'article 173 du traité ». Cela s'entend de deux manières: soit la participation n'est pas une condition *nécessaire* pour établir le droit au recours, soit la reconnaissance d'un droit à participer est une condition *suffisante*, qui n'a nul besoin d'être effective pour engendrer un droit à agir. Ces deux solutions, apparemment contradictoires, se rencontrent dans la jurisprudence¹⁸²⁷.

1. L'affectation économique substantielle

636. Pour comprendre le problème, une vue exclusivement "contentieuse" ne suffit pas. Il est essentiel d'adopter une vue d'ensemble, qui intègre le contrôle juridictionnel dans la gestion de l'ordre économique communautaire. Ainsi, on trouve qu'il y a deux manières de lire la jurisprudence. On peut dire que « la participation à une procédure aboutissant à une détermination quasi-judiciaire des droits d'une partie peut être *suffisante* pour établir le droit d'une personne à contester cette détermination ». Tel est le point de vue strictement « formel » de l'avocat général Jacobs¹⁸²⁸. Mais il y en a un autre, « substantiel », retenu par l'avocat général Lenz: « Le simple fait qu'une personne a été entendue dans une procédure administrative ne lui donne pas la capacité d'introduire un recours contre ladite décision. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour et du Tribunal, en ce qui concerne l'intérêt pour agir de tiers tant en matière de concurrence, de dumping, de subventions que d'aides, que les personnes auxquelles un règlement ou le traité lui-même donne le droit de participer à une procédure administrative disposent d'une voie de recours "destinées à protéger leurs *intérêts légitimes*". Dans toutes ces affaires, il s'agissait cependant "d'éviter que d'autres entreprises n'obtiennent ou ne s'assurent des avantages injustifiés au regard des règles de concurrence et ayant pour corollaire de désavantager les entreprises plaignantes". Si la Cour et le Tribunal insistent particulièrement dans les arrêts précités sur le fait que la voie de recours est destinée à protéger des intérêts "légitimes", cela veut dire que "des circonstances purement extérieures, telles que la participation à la procédure en particulier, ne sont *pas suffisantes* pour permettre d'assimiler le plaignant au destinataire: il faut, en outre, que le plaignant relève, à titre de personne protégée, du domaine d'application de la

¹⁸²⁷ Suivant la première interprétation: la jurisprudence reconnaît les situations factuelles affectées (TPICE, 11 juillet 1996, *Métropole Télévision e.a./Commission*, aff. jtes T-528/93, T-543/93 et T-546/93, pt 62, II-675); suivant la seconde interprétation: la jurisprudence protège les droits formels (TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pt 35, II-1231) ou « les droits à naître » (en matière de concurrence, TPICE, 17 septembre 1992, *NBV et NVB/Commission*, T-138/89, pt 32, II-2192; en matière d'aides, CJCE, 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, pt 23, I-2528; en matière de concentrations, TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, pt 81, II-162).

¹⁸²⁸ Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Extramet* (C-358/89), § 58, [1991] I-2521 (nous soulignons).

règle de concurrence concernée" »¹⁸²⁹. Où ces deux conceptions se rejoignent, cependant, c'est lorsque l'avocat général Jacobs affirme: « Nous estimons qu'une entreprise devrait, en principe, avoir la possibilité de contester un règlement antidumping dès lors qu'elle est identifiée, ne serait-ce qu'implicitement, par le règlement ou qu'elle a joué un rôle important dans la procédure ayant abouti à l'adoption du règlement, *au moins lorsque sa position en cause sur le marché a été substantiellement affectée* »¹⁸³⁰.

637. Au total, ce qui compte, c'est la « participation influente »¹⁸³¹, celle « qui peut être considérée comme ayant affecté le résultat » de la procédure¹⁸³². Dans tous les cas étudiés, la recevabilité témoigne d'une affectation économique substantielle du requérant. L'élargissement consiste à admettre le droit au recours des tiers dont la protection procédurale est réduite et qui sont *économiquement* affectés par la décision prise.

2. L'implication légitime dans la procédure

638. Cet élargissement trouve donc sa limite dans la possibilité d'accès au juge des intérêts économiques et sociaux non directement affectés. On s'explique ainsi que le juge décidera de rejeter le recours au motif qu'une intervention « autonome » n'est pas, en soi, de nature à individualiser les personnes intéressées¹⁸³³. Une telle solution paraît motivée en ordre principal par le souci d'exclure la protection procédurale des procédures normatives qui se trouvent hors du champ de la régulation économique¹⁸³⁴. Mais, au sein des procédures individuelles économiques, elle agit pour rejeter les organismes économiques et sociaux qui ne possèdent pas de position économique susceptible d'être substantiellement affectée¹⁸³⁵. A leur égard, seule une

¹⁸²⁹ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire *Zunis Holding e.a./Commission* (C-480/93 P), § 45, [1996] I-21 (nous soulignons). En l'espèce, « le règlement sur les concentrations n'a pas pour objectif la protection des intérêts des actionnaires d'une entreprise concernée par une concentration ».

¹⁸³⁰ Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 68, [1991] I-2523 (nous soulignons).

¹⁸³¹ D'après P. DURET, *op. cit.*, 213-268.

¹⁸³² Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 66, [1991] I-2523.

¹⁸³³ Voy, par ex., pour la politique de l'environnement. TPICE, 9 août 1995, *Greenpeace/Commission*, T-585/93, pt 56, II-2229. Cette position a été critiquée parce qu'elle procède d'un formalisme strict, qui applique aux intérêts collectifs le prisme d'une jurisprudence adaptée aux intérêts individuels: Cf. N. GERARD, *Access to Justice on Environmental Matters — a case of Double Standards?*, Journal of Environmental Law, 1996, 139-157). Pour l'analyse, voir *infra*, §§ 969 et ss. La même solution est appliquée en matière de régulation marchande: TPICE, 13 décembre 1995, *Exporteurs in Levende Varkens e.a./Commission*, aff. jtes T-481/93 et T-484/93, pt 59, II-2941 (à l'égard d'une association des exportateurs de porcs vivants dans une affaire mettant en cause des mesures conservatoires adoptées par la Commission).

¹⁸³⁴ Aussi est-il significatif que la Cour revienne, en matière de droit de l'environnement, à la jurisprudence classique *Plaumann* et au critère de l'analogie avec « la position précise du destinataire actuel ou potentiel d'un acte susceptible d'annulation » (TPICE, 9 août 1995, *Greenpeace/Commission*, T-585/93, pt 56, II-2229).

¹⁸³⁵ On se reportera aux affaires étudiées: recours des actionnaires minoritaires d'une société soumise à concentration: TPICE, 28 octobre 1993, *Zunis Holding e.a./Commission*, T-83/92, II-1171; CJCE, 11 janvier 1996, *Zunis Holding e.a./Commission*, C-480/93 P, I-1; celui des représentants des travailleurs de l'entreprise visée par une décision d'incompatibilité d'une aide d'Etat: TPICE (Ordonnance), 18 février 1998, *Comité d'entreprise de la Société française de production e.a./Commission*, T-189/97, II-335; celui enfin des représentants des consommateurs dans un procédure d'antidumping: CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC/Commission*, C-170/89, I-5709.

reconnaissance formelle de droits procéduraux peut ouvrir droit au recours; encore faut-il qu'elle soit effective¹⁸³⁶.

639. Certes, on ne saurait admettre un élargissement illimité du droit au recours dans ces matières, sans inconvénient majeur pour la gestion de la Communauté de droit. Mais ne peut-on voir dans la procédure un moyen légitime d'élargir le recours de ces tiers intéressés? Le cas du droit antidumping est exemplaire: l'intervention autonome des importateurs indépendants a longtemps été jugée infondée¹⁸³⁷. Pour que leur droit au recours soit reconnu, il a fallu tenir compte d'« une forme particulière d'implication dans la procédure ayant conduit à l'institution du droit »¹⁸³⁸. L'important ici est que la participation a été jugée d'après *l'esprit général du règlement de base*, non d'après *le résultat de la procédure en cause*. La véritable exigence n'est plus la participation *influyente*, mais la participation dont il est allégué qu'elle *doit* servir à la construction du résultat, à travers la procédure et l'argumentation. Dès lors, il importe peu que la Commission réfute s'être appuyée sur elle pour procéder à des calculs économiques et adopter sa décision¹⁸³⁹.

640. Ce raisonnement peut être étendu. En ce sens, il n'est pas exact de dire qu'une opération de concentration n'engendre aucun effet social. Le règlement de base prévoit explicitement comme l'un de ses objectifs la poursuite du « renforcement de la cohésion économique et sociale »¹⁸⁴⁰. Il est vrai qu'il s'agit d'un objectif secondaire par rapport à celui de la protection de la concurrence. Il n'en demeure pas moins qu'il doit être pris en compte et qu'il est susceptible de fonder le droit à participer des tiers sociaux concernés¹⁸⁴¹. Le raisonnement pourrait d'ailleurs être élargi à l'ensemble des branches du droit économique. Les incidences sociales des pratiques économiques et commerciales contrôlées sont évidentes. Leur prise en compte peut se fonder sur un « principe d'équité économique »¹⁸⁴². Elles font en tout cas apparaître des tiers intéressés, en nombre limité. On conçoit alors l'intérêt d'une *approche substantielle en droit processuel économique*¹⁸⁴³. Il ne faut pas s'en tenir à la forme de la décision adoptée. Par la procédure, une « nouvelle réalité juridique vivante » peut s'imposer. La légitimité procédurale est susceptible de

¹⁸³⁶ Ainsi à l'égard des représentants des travailleurs des entreprises parties à la concentration, TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pts 36 à 46, II-1231-1237.

¹⁸³⁷ Cf. CJCE (Ordonnances), 8 juillet 1987, *Sermes/Commission*, aff. 279/86, pt 19, Rec. 3115; *Frimodt Pedersen/Commission*, aff. 301/86, pts 19, Rec. 3129.

¹⁸³⁸ Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 64, [1991] I-2523.

¹⁸³⁹ Ce qui est exactement le cas dans l'affaire *Extramet*: « Même si, à la différence du règlement provisoire, le règlement attaqué ne mentionne pas expressément Extramet, une grande partie du préambule de ce dernier s'attache à réfuter l'argumentation d'un importateur qui n'est pas nommé, mais dont il n'est pas contesté qu'il n'est autre qu'Extramet » (Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 67, I-2523).

¹⁸⁴⁰ L'objectif apparaît dans le considérant n° 13 et à l'article 2 du Règlement 4064/89.

¹⁸⁴¹ En ce sens, commentant la jurisprudence *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission* (T-96/92), G. KARYDIS, *op cit*, 121-122.

¹⁸⁴² Il est apparu dans les brèves analyses du Titre premier que le contrôle opère toujours des distinctions délicates pour prendre en compte les différents facteurs économiques et sociaux de la situation en cause. Telle est l'expression d'un principe de *réalité* et d'*équité économique* (*supra*, not. § 54).

¹⁸⁴³ Sur l'approche substantielle, G. FARJAT, *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, RIDE, 1986, 9-42; du même auteur, *La notion de droit économique*, APD, t. 37, 1992, 27-62. C'est bien d'ailleurs en se fondant sur une approche « substantielle » que la Commission accorde des participations, même si elle n'en tire aucun droit.

créer un nouveau droit économique: dans une certaine mesure, *la procédure « socialise l'économie »*¹⁸⁴⁴.

¹⁸⁴⁴ Semblablement, F. TERRE & M.-A. FRISON-ROCHE, *Présentation*, L'Année sociologique, 1999, 49, 281-290.

Chapitre III

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

641. Le problème du contrôle juridictionnel est la dernière étape de l'adaptation des garanties de procédure. Le juge ne se contente pas d'assurer le contrôle et le respect de ces garanties. Il adapte aussi son contrôle aux nécessités fonctionnelles de l'action administrative communautaire. Nous exposerons le problème que soulève la place des actes procéduraux dans le contrôle du juge (I), avant d'envisager le problème de la sanction juridictionnelle des irrégularités procédurales proprement dite (II).

SECTION I. LE CONTROLE DES ACTES PROCEDURAUX

642. Les actes procéduraux se situent dans la procédure d'élaboration de la décision. Ce ne sont pas à proprement parler des décisions au sens de l'article 249 CE. Mais ce ne sont pas non plus des actes dépourvus de tout caractère décisoire, comme les avis ou les recommandations. Bien qu'ils ne constituent qu'un élément dans l'élaboration de la décision, ils affectent les intérêts de leurs destinataires. C'est ainsi que l'avocat général Capotorti présente la question dans le cadre des articles 81 et 82 CE: « dans le cadre de ces phases, la Commission peut adopter des actes qui, sans pour autant constituer formellement des décisions au sens de l'article 189, affectent cependant la sphère juridique des destinataires et ne relèvent pas de la catégorie des avis ni de celle des recommandations (par exemple, les actes par lesquels la Commission donne aux intéressés l'occasion d'être entendus ou permet le développement oral des observations écrites ou convoque pour une certaine date la personne à entendre) »¹⁸⁴⁵.

643. Leur qualification, en conséquence, est délicate. Il n'y en a pas qu'une: « mesures accessoires »¹⁸⁴⁶, « mesures intermédiaires »¹⁸⁴⁷, « actes de procédure préparatoires » ou « mesures purement préparatoires »¹⁸⁴⁸. L'essentiel est qu'ils se distinguent des « actes définitifs ». Ceux-ci concernent non seulement les « décisions finales », mais aussi des actes intermédiaires qui sont « détachables » et « indépendants », tels que les décisions relatives à la communication à des tiers de certains documents, les décisions de demande de renseignements ou de vérification au cours de l'enquête préalable, le refus d'accès au dossier opposé à un tiers en matière d'antidumping, des lettres d'ouverture de la procédure formelle en matière d'aides d'Etat¹⁸⁴⁹. Ce n'est donc pas leur nature intermédiaire qui détermine le caractère de ces actes.

¹⁸⁴⁵ Conclusions de l'avocat général Capotorti dans l'affaire *GEMA/Commission* (aff. 125/78), [1979] Rec. 3197.

¹⁸⁴⁶ Ibid., Rec. 3197.

¹⁸⁴⁷ CJCE, 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, aff. 60/81, pt 10, Rec. 2652.

¹⁸⁴⁸ Ibid., pts 12 et 21, Rec. 2652-2654.

¹⁸⁴⁹ TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-10/92, T-12/92 et T-15/92, pts 43 à 46, II-2684-2685. Cette logique est reproductible: il existe, même au sein des procédures intermédiaires détachables, des actes purement préparatoires. Ainsi le Tribunal a-t-il ordonné que seules les lettres du conseiller-auditeur au sujet de la communication d'informations confidentielles au plaignant sont attaquables, et non les

C'est le fait qu'ils ne sont pas susceptibles, par eux-mêmes, de produire des effets juridiques définitifs, obligatoires, immédiats et irréversibles à l'égard des personnes concernées. Ils ne sont pas dénués d'effets, mais ces effets se reportent, en quelque sorte, sur ceux qui sont produits par la décision finale: on les qualifie en ce sens d'actes « préparatoires par rapport à la décision qui en constitue le terme ultime »¹⁸⁵⁰.

§ I. L'ABSENCE DE RECOURS CONTRE LES ACTES PREPARATOIRES

644. Ces actes de procédure constituent-ils des décisions au sens de l'article 230 CE? Sont-ils attaques par un recours direct devant la Cour de justice? La réponse est donnée par l'arrêt *IBM/Commission* du 11 novembre 1981. L'entreprise IBM contestait une lettre d'engagement d'une procédure d'infraction et la communication des griefs envoyée par la Commission. A première vue, plusieurs analyses s'offraient à la Cour.

645. Vue du côté du *contentieux objectif*¹⁸⁵¹, la réponse paraît positive. C'est la conception retenue par l'avocat général Slynn: « D'une façon générale, il faut reconnaître une certaine pertinence, selon nous, à l'argument d'IBM, selon lequel la Cour devrait être en mesure d'exercer un contrôle sur les institutions et les fonctionnaires de la Communauté à quelque stade que ce soit, lorsqu'il est clairement démontré que des actes sont illégaux. Il n'y a guère d'intérêt à ce que des procédures illégales soient poursuivies à grands frais tant pour la Communauté que pour ceux qu'elles affectent. Contrairement à l'opinion de la Commission, il n'y a pas d'interférence entre un tel pouvoir de contrôle et le pouvoir administratif de la Commission; le premier est à la fois un appui et une sauvegarde pour le second »¹⁸⁵². Vue du côté du *contentieux subjectif*, la réponse ne semble pas différente. Selon l'opinion de l'avocat général Capotorti dans l'affaire *GEMA/Commission*, invoquée par la requérante, si la mesure produit « des effets juridiques susceptibles de porter atteinte aux intérêts individuels », la personne concernée doit être « en mesure de la contester au moyen d'un recours basé sur l'article 173 »¹⁸⁵³.

646. Pourtant, c'est une autre position que choisit d'adopter la Cour. Elle n'est pas formelle: elle reconnaît que « la forme dans laquelle des actes ou décisions sont pris est, en principe, indifférente en ce qui concerne la possibilité de les attaquer par un recours en annulation »¹⁸⁵⁴.

lettres de la Commission annonçant son intention (TPICE, Ordonnance du 2 mai 1997, *Peugeot/France*, T-90/96, pts 33 à 36, II-676). Voir, pour une synthèse, K. LENAERTS, *Procedures and Sanctions in Economic Administrative Law*, in 17. *F.I.D.E. KONGRESS*, J. Schwarze (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1997.

¹⁸⁵⁰ CJCE, 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, aff. 60/81, pt 21, Rec. 2654.

¹⁸⁵¹ Sur la distinction entre « contentieux objectif » et « contentieux subjectif » qui appartient, en ce sens précis, au patrimoine du droit administratif français, R. CHAPUS, *DROIT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Montchrestien, Paris, 6ème éd., 1996, § 148. 163-164.

¹⁸⁵² Conclusions de l'avocat général Slynn, [1981] Rec. 2660.

¹⁸⁵³ Ibid., Rec. 2664-2665. Notons que l'avocat général Slynn émet des doutes quant à la juste interprétation de cette opinion par la requérante, même s'il reconnaît finalement: « S'il n'y avait pas eu de jurisprudence sur la question, nous eussions éprouvé des doutes quant au point de savoir si ces actes ne doivent pas être considérés comme équivalents à une "décision", si bien que la Cour pourrait, en application de l'article 173, examiner une affaire dès lors qu'il serait évident que la procédure était entachée de vices dès le départ » (Rec. 2668).

¹⁸⁵⁴ CJCE, 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, aff. 60/81, pt 9, Rec. 2651.

Elle est substantielle: c'est « la substance de ce qui a été fait qui doit être considérée »¹⁸⁵⁵. Ainsi, « ne constituent un acte attaquant que les mesures qui fixent définitivement la position de la Commission ou du Conseil au terme de [la] procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision »¹⁸⁵⁶. Les mesures en cause constituent des actes préparatoires, qui n'emportent aucune position définitive.

647. Que ces actes aient des effets juridiques, c'est incontestable¹⁸⁵⁷. Mais l'essentiel est, selon la Cour, que ces effets ne portent atteinte qu'à « la situation procédurale », « en dehors » de « la situation juridique de l'entreprise concernée »¹⁸⁵⁸. Les intérêts de l'entreprise sont donc suffisamment protégés par le fait qu'elle pourra attaquer la décision finale. Dans ce recours, il lui sera loisible d'invoquer d'éventuelles illégalités procédurales¹⁸⁵⁹. Toute autre solution aurait pour effet d'« obliger la Cour à porter une appréciation sur des questions sur lesquelles la Commission n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, et aurait ainsi pour conséquence une anticipation des débats de fond et une confusion des différentes phases des procédures administratives et judiciaires »¹⁸⁶⁰.

648. La position de la Cour est réaliste. Elle apparaît soucieuse de tenir compte de la dynamique et de l'économie de la procédure administrative¹⁸⁶¹. Elle entend, par là, éviter les manœuvres dilatoires et les recours excessifs¹⁸⁶². Cette solution se justifie rationnellement: les intérêts affectés par ces actes ne sont pas détachables des intérêts affectés par la décision finale; le recours doit être rejeté si la preuve d'une modification substantielle de la situation juridique de la requérante n'est pas rapportée¹⁸⁶³.

§ II. LE DEFUT DE RECOURS CONTRE DES ACTES PROTECTEURS

649. On présente généralement l'affaire *Cimenteries CBR e.a./Commission* comme un prolongement logique de cette solution. Elle en diffère, pourtant, par plusieurs aspects. D'abord dans les faits. En l'espèce, une procédure de constatation d'infraction à l'article 81 avait été ouverte à l'encontre de soixante-seize entreprises et associations d'entreprises. Certaines n'avaient pas reçu le texte intégral de la communication des griefs. Leur recours fait suite au refus opposé par la Commission de leur communiquer l'ensemble des griefs et de leur ouvrir la totalité

¹⁸⁵⁵ Ibid., Conclusions de l'avocat général Slynn, Rec. 2662.

¹⁸⁵⁶ Ibid., pt 10, rec. 2652.

¹⁸⁵⁷ Ibid., pts 17 et 18, Rec. 2653.

¹⁸⁵⁸ Ibid., pt 17, Rec. 2653.

¹⁸⁵⁹ Ibid., pts 12 et 24, Rec. 2652-2655.

¹⁸⁶⁰ Ibid., pt 20, Rec. 2654.

¹⁸⁶¹ Comp. avec les solutions du Conseil d'Etat français, R. CHAPUS, *op. cit.*, §§ 514 et ss., 482 et ss.

¹⁸⁶² Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *BPB Industries et British Gypsum/Commission* (C-310/93 P), § 122, [1995] I-893.

¹⁸⁶³ Suivant la même logique, cette solution a été retenue s'agissant d'une décision de la Commission d'engager la procédure antidumping (TPICE, 14 mars 1996, *Dysan Magnetics et Review Magnetics*, T-134/95, pt 23, II-192), ou s'agissant des procès-verbaux des entretiens tenus au cours d'une vérification (TPICE, Ordonnance du 9 juin 1997, *Elf Atochem/Commission*, T-9/97, pts 20 à 26, II-918-920).

du dossier. Elles contestent non pas le contenu de la communication des griefs mais le refus de délivrer des informations entraînant une violation du droit de se défendre. C'est l'argument principal de la requérante: « contrairement à l'affaire IBM, dans laquelle la procédure judiciaire visait à protéger l'intérêt de la requérante à ne pas devoir se défendre dans le cadre d'une procédure administrative qu'elle estimait être entièrement illégale, CBR souhaite, en l'occurrence, donner plein effet à la procédure administrative, en lui préservant le caractère contradictoire que seul l'accès au dossier et à la totalité de la CG peut garantir »¹⁸⁶⁴. Insensible à cette distinction, le Tribunal conclut que ces actes « ne produisent, en principe, que des effets limités propres à un acte préparatoire s'insérant dans le cadre d'une procédure administrative préalable »¹⁸⁶⁵.

650. Le Tribunal reconnaît qu'il lui appartient de « vérifier si les mesures attaquées par les requérantes modifient leur situation juridique de façon caractérisée »¹⁸⁶⁶. Dès lors que l'envoi de la communication des griefs et l'accès au dossier relèvent « des garanties procédurales visant à protéger les droits de la défense », des omissions ou des actes de refus sont « susceptibles d'être constitutifs d'une violation des droits de la défense ». Mais il n'en résulte pas que ces actes affectent « immédiatement et de manière irréversible la situation juridique des entreprises concernées »¹⁸⁶⁷. C'est que, pour le juge communautaire, les droits procéduraux ne sont pas considérés comme des « intérêts propres » méritant une protection juridictionnelle, immédiate et autonome. La situation procédurale des entreprises concernées ne pourrait faire naître de droits qui ne puissent, au cours même de la procédure administrative, voire à la suite d'une procédure judiciaire, être rétablis¹⁸⁶⁸.

651. A l'appui de leurs conclusions, les requérantes invoquaient la jurisprudence *AKZO Chemie/Commission* de 1986. Dans cette affaire, la Cour a jugé que la décision par laquelle la Commission a considéré que certains documents n'avaient pas un caractère confidentiel « revêt un caractère définitif et est indépendant de la décision devant intervenir sur l'existence de l'infraction »¹⁸⁶⁹. La raison en est que « cette décision a produit des effets juridiques à l'égard de la requérante en ce qu'elle lui a refusé le bénéfice d'une *protection* prévue par le droit communautaire »¹⁸⁷⁰. Selon l'avocat général Lenz, un tel acte, refusant le bénéfice d'une protection procédurale, « constituerait une manifestation de volonté définitive » de la part de la Commission: « en effet, il ne s'agit plus seulement de la préparation de la décision finale de la Commission, mais il s'agit également de la délimitation des situations juridiques des entreprises parties à la procédure »¹⁸⁷¹. Autant un souci légitime d'efficacité justifie qu'un acte de préparation, révisable quant à son contenu, ne puisse être inutilement attaqué, autant le souci de

¹⁸⁶⁴ TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-10/92, T-12/92 et T-15/92, pt 23, II-2678.

¹⁸⁶⁵ Ibid., pts 37 et 42, II-2682-2683.

¹⁸⁶⁶ Ibid., pt 31, II-2680.

¹⁸⁶⁷ Ibid., pt 42, II-2683.

¹⁸⁶⁸ Ibid., pt 47, II-2686.

¹⁸⁶⁹ CJCE, 24 juin 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 53/85, pt 20, Rec. 1990.

¹⁸⁷⁰ Ibid., pt 18, Rec. 1989 (nous soulignons).

¹⁸⁷¹ Conclusions de l'avocat général Lenz, [1986] Rec. 1971-1973.

protection individuelle justifie qu'un acte portant directement atteinte aux droits procéduraux des requérantes puisse faire l'objet d'un recours immédiat. On serait tenté de transposer cette conclusion à l'affaire *Cimenteries*¹⁸⁷². Ce n'est pas ainsi, pourtant, que procède le Tribunal¹⁸⁷³.

652. On dira que, dans l'affaire *AKZO*, la procédure administrative pouvait très bien ne pas aboutir à une décision de constatation d'infraction qui pût permettre à la requérante de faire valoir l'illégalité procédurale contestée¹⁸⁷⁴. C'est oublier que, selon la Cour dans cette affaire, « le recours ouvert contre cette décision, si elle intervient, ne fournit de toute façon pas à l'entreprise le moyen de prévenir les effets irréversibles qu'entraînerait une communication irrégulière de certains documents »¹⁸⁷⁵. A ce compte, l'argument du Tribunal, fondé sur la possibilité d'un recours contre la décision finale de la Commission, perd beaucoup de poids¹⁸⁷⁶. Il ne satisfait pas les exigences d'une bonne administration de la justice: « si le Tribunal avait décidé que le recours était recevable (...) la Commission, après communication des pièces, aurait pu poursuivre la procédure sans perdre de temps »¹⁸⁷⁷. Mais, surtout, il paraît négliger l'importance d'un tel recours pour les droits de la défense¹⁸⁷⁸.

653. C'est de manière générale qu'il est jugé que le droit des intéressés d'être entendus au cours de la procédure administrative « ne peut, en principe, être sanctionnée par le juge communautaire qu'au stade du contrôle de la régularité de la décision finale de la Commission »¹⁸⁷⁹. Le souci du juge ici est double et constant: ne pas gêner inutilement l'action de la Commission dans un secteur qui requiert autonomie et flexibilité, tout en s'assurant un contrôle étendu de la décision finale¹⁸⁸⁰.

¹⁸⁷² En ce sens, L. GOFFIN fait justement observer que « dans l'affaire IBM, l'objet du recours était la communication des griefs dont la requérante avait pu prendre *complètement* connaissance, et on peut comprendre que la Cour ait jugé que cette communication est une mesure intermédiaire de la procédure dont elle constitue un acte. Mais autre chose est le refus de la Commission de communiquer aux requérantes l'intégralité de la communication des griefs. En ce cas, ce n'est pas celle-ci qui est en cause, mais bien le *refus* de cette dernière [la Commission] de permettre aux requérantes de disposer d'un document unique dont elle n'ont reçu qu'une partie, alors que la Commission avait joint toutes les affaires auxquelles il se rapporte. Ce refus ne constitue pas comme tel un acte de la procédure. Un refus n'est pas une mesure intermédiaire prévue dans un règlement. Son effet n'est pas de *préparer* la décision finale, comme l'exige l'arrêt IBM, mais au contraire de porter atteinte au droit des requérantes de se défendre en pleine connaissance de cause et de priver ainsi la Commission de la possibilité d'être complètement éclairée » (*Une décision de refus peut-elle être un acte préparatoire?*, CDE, 1994, 240).

¹⁸⁷³ TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-10/92, T-12/92 et T-15/92, pt 43, II-2684.

¹⁸⁷⁴ CJCE, 24 juin 1986, *AKZO Chemie/Commission*, aff. 53/85, pt 20, Rec. 1990.

¹⁸⁷⁵ Ibid., pt 20, Rec. 1990.

¹⁸⁷⁶ TPICE, 18 décembre 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-10/92, T-12/92 et T-15/92, pts 35 et 36, II-2881.

¹⁸⁷⁷ L. GOFFIN, *op. cit.*, 243.

¹⁸⁷⁸ En ce sens, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Transparence et égalité des armes dans les procédures de contrôle de la concurrence*, in *L'UNITE DU DROIT. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, not. 248-249.

¹⁸⁷⁹ TPICE, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a./Commission*, T-96/92, pt 46, II-1237.

¹⁸⁸⁰ En ce sens déjà, A. TRABUCCHI, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria della concorrenza*, *Rivista di diritto civile*, 1973, I, 506.

SECTION II. LA SANCTION DES IRREGULARITES PROCEDURALES

654. Cette dernière phase de la procédure attire et concentre l'ensemble des contradictions et des ambiguïtés relevées au cours de cette étude. C'est devant le juge que se recomposent, en négatif, la cohérence et les difficultés de la conception communautaire de la procédure.

Sont incluses dans les cas d'ouverture relevant de la légalité externe l'incompétence et la violation des formes substantielles. Constituent des formes substantielles, en droit communautaire, à la fois des règles de forme et des règles de procédure: celles-ci visent toutes les règles faisant partie des droits de la défense au sens strict, regroupées sous le titre de l'information et de l'audition, et les règles de consultation; celles-là visent l'obligation de motivation et l'obligation de visas¹⁸⁸¹. Il convient d'examiner les conséquences des irrégularités procédurales devant le juge de la légalité (I) puis, brièvement, dans le cadre du contentieux de la responsabilité (II).

§ I. LES CONSEQUENCES DES IRREGULARITES PROCEDURALES SUR LA LEGALITE DE L'ACTE

655. On sait que le droit administratif français sépare traditionnellement les règles de procédure relatives à l'opération normatrice, composant *le negotium*, des règles de forme relatives à la présentation extérieure de l'acte, formant *l'instrumentum*¹⁸⁸². Il faudrait dès lors distinguer entre les vices de forme, considérés comme sans grande incidence sur la légalité de l'acte, et les vices de procédure, conduisant généralement à l'annulation de l'acte¹⁸⁸³. D. Ritleng a toutefois montré qu'il n'en va pas ainsi en droit communautaire: en effet, « l'importance donnée au cas d'ouverture de la violation des formes substantielles par la règle de motivation atteste de l'attention prêtée par le juge communautaire au respect tant des formes que des procédures obligatoires; les traités ayant réservé la sanction de l'illégalité à la violation des formes "*substantielles*" sans faire de distinction selon la nature procédurale ou formelle de ces formes, on ne saurait imposer la condition de substantialité qu'aux seules règles de procédure à l'exclusion des règles de forme »¹⁸⁸⁴. En droit communautaire, les règles de forme revêtent le caractère de formes substantielles.

656. Une autre distinction plus simple doit être opérée. Elle est importée du droit judiciaire et s'impose aussi en droit administratif¹⁸⁸⁵. Elle oppose les « *formalités substantielles* (ou

¹⁸⁸¹ Pour une étude détaillée des formes substantielles en contentieux communautaire, D. RITLENG, *LE CONTROLE DE LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 76 et ss.

¹⁸⁸² Cf. R. HOSTIOU, *PROCEDURE ET FORMES DE L'ACTE ADMINISTRATIF UNILATERAL EN DROIT FRANÇAIS*, LGDJ, Paris, 1974, 13; R. CHAPUS, *DROIT ADMINISTRATIF GENERAL*, Montchrestien, Paris, 6ème éd., 1992, 758.

¹⁸⁸³ Cf. J.-M. AUBY & R. DRAGO, *TRAITE DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1984, t. II, §§ 1164-1165, 300-301.

¹⁸⁸⁴ D. RITLENG, *op. cit.*, § 79, 79.

¹⁸⁸⁵ Cf. C. DEBBASCH & J.-C. RICCI, *CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Dalloz, Paris, 7ème éd., 1999, n° 857.

essentielles) » aux « formalités secondaires (ou accessoires) » : les premières donnent à l'acte « sa nature ou son caractère », l'omission des secondes ne fait perdre à l'acte « ni son caractère, ni sa nature propre »¹⁸⁸⁶. Où se trouve le critère de distinction ? Il est à rechercher non dans le respect du formalisme en soi, mais dans la protection du particulier¹⁸⁸⁷. Telle est la distinction qui semble guider la jurisprudence communautaire lorsqu'elle rejette les formalités inutiles¹⁸⁸⁸ ou impossibles¹⁸⁸⁹, et qu'elle protège, en revanche, les formalités protectrices¹⁸⁹⁰.

657. Rationnelle dans son principe, la distinction n'en est pas moins d'un maniement très difficile. Il convient d'éviter que, tout en affirmant le caractère inopérant d'une formalité de procédure, l'autorité administrative ne sacrifie une protection qui est due¹⁸⁹¹. La jurisprudence doit s'employer à vérifier que la formalité « s'avère nécessaire » pour atteindre le but qui lui est assigné dans la procédure : « Le contenu et la nature substantielle ou non des obligations doivent s'apprécier, dans chaque cas d'espèce, en fonction de la finalité » de celles-ci¹⁸⁹². C'est dire qu'un classement formel des différentes formalités requises ne suffit pas. Pour la revêtir de « substantialité », il faut rechercher la signification propre de chaque formalité dans chaque cas

¹⁸⁸⁶ Cette distinction a été préconisée par GLASSON et TISSIER dans leur *Précis de procédure civile* dès 1908 (H. SOLUS & R. PERROT, *DROIT JUDICIAIRE PRIVE*, Sirey, Paris, 1961, t. I, § 407, 369-370).

¹⁸⁸⁷ Ibid., § 418, 387. Pareille distinction est d'ailleurs adoptée par la jurisprudence administrative française (R. ODENT, *CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Les Cours de Droit, IEP, Paris, 1980, Fasc. V, 1827 : « Formes et formalités n'ont de valeur juridique et pratique que dans la mesure où elles constituent des garanties destinées à protéger tout à la fois les administrés et l'administration elle-même »).

¹⁸⁸⁸ Ainsi, il est logique que la jurisprudence refuse de sanctionner l'absence de communication formelle lorsque le document demandé n'a aucun lien avec l'affaire en cours ou que la partie concernée possédait déjà cet élément de preuve, soit par l'effet d'une première communication, soit par sa propre diligence (TPICE, 19 novembre 1998, *Champion Stationery e.a./Conseil*, T-147/97, pts 78 à 83, II-4168-4169). Le même raisonnement vaut en matière de divulgation de secrets d'affaires. La communication de la Commission sur l'accès au dossier énonce deux hypothèses dans lesquelles les secrets d'affaires « perdent leur caractère et leur besoin de protection » : d'une part, « lorsqu'ils sont connus en dehors de l'entreprise (ou du groupe ou de l'association d'entreprises) à laquelle ils se rapportent », d'autre part « s'ils sont perdus, en raison du temps qui a passé ou pour une autre raison, leur importance commerciale » (JOCE 1997, C 23/3; TPICE (Ordonnance), 15 novembre 1990, *Rhône-Poulenc e.a./Commission*, not. pts 20 à 23, II-645).

¹⁸⁸⁹ Soit que l'impossibilité découle de la situation ou de circonstances exceptionnelles (voir *supra*, l'analyse de l'obligation de motivation, §§ 423 et ss.), soit qu'elle est imputable au comportement de l'intéressé de lui-même (TPICE, 15 septembre 1998, *Mediocurso/Commission*, aff. jtes T-180/96 et T-181/96, pt 52, II-3496) ou de sa négligence (TPICE, 20 octobre 1999, *Swedish Match Philippines/Conseil*, T-171/97, pt 39, II-3258). Comp. M. STASSINOPOULOS, *LE DROIT DE LA DÉFENSE DEVANT LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES*, LGDJ, Paris, 1976, 202-203, qualifiant ce moyen, par analogie avec les principes du droit civil, d'« *exceptio dolis* ».

¹⁸⁹⁰ Les formalités intrinsèquement protectrices semblent peu nombreuses : on peut certainement retenir, parmi celles-ci, la procédure d'authentification des décisions de la Commission. La Cour a récemment jugé qu'un moyen tiré d'un tel défaut doit être soulevé d'office et entraîner l'annulation de l'acte, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice subi (CJCE, 6 avril 2000, *Commission/Solvay SA*, aff. jtes C-287 et 288/95 P, pts 55-56, nep).

¹⁸⁹¹ En matière d'accès au dossier, voir par exemple les conclusions non conformes de l'avocat général Warner dans l'affaire *Distillers Company/Commission* (aff. 30/78), Rec. 2296. En matière de protection de la confidentialité, F.P. Louis relève que « selon les cas, une information vieille de quelques mois peut déjà avoir perdu toute valeur commerciale tandis que la discussion d'une stratégie à long terme ou la description d'une structure de coût de revient peut conserver toute son importance dix ans plus tard » (*op. cit.*, 65).

¹⁸⁹² TPICE, 10 juillet 1991, *RTE/Commission*, T-69/89, pt 21, II-499. Plus généralement, « une violation des droits de la défense doit être examinée en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce, en ce qu'elle dépend essentiellement des griefs retenus par la Commission pour établir l'infraction reprochée à l'entreprise concernée » (TPICE, 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-30/91, II-1802).

d'espèce¹⁸⁹³. Reste à savoir comment, en général, cette signification est attribuée. Or elle est appréciée différemment, selon les cas.

A. La conception fonctionnelle dans la protection des garanties procédurales

658. Le principe paraît simple: toute décision atteinte d'un vice substantiel sera annulée¹⁸⁹⁴. Il s'en faut pourtant de beaucoup que la violation de toute règle de procédure ou de forme entraîne l'annulation de l'acte adopté. On admet, en général, que le respect des formalités substantielles a deux finalités: il permet à la fois de protéger les individus visés par une décision administrative et d'éclairer l'auteur de la décision sur les éléments de fait et de droit appréhendés. Le réquisit est double. Ces deux aspects coexistent dans la définition classique et conciliante des droits de la défense retenue par le juge communautaire. Au stade de la *consécration jurisprudentielle*, ils sont complémentaires et se renforcent mutuellement. Mais au moment décisif de la *sanction juridictionnelle*, il arrive qu'ils se contredisent.

1. Les méthodes de protection

659. Deux méthodes sont, en effet, concevables pour déterminer le critère de la forme substantielle, qui conditionnera la sanction: le critère peut être purement « objectif », et la méthode sera dite « formaliste »; le critère peut être « fonctionnel », et la méthode sera dite « finaliste ». C'est cette dernière conception qui a été choisie par le juge dans la protection des droits de la défense. Dès lors, seule l'appréciation du résultat de l'acte adopté permet de savoir s'il y a eu, ou non, une irrégularité procédurale ou formelle qui mérite d'être sanctionnée. Cette conception comporte traditionnellement deux branches.

a) La technique de la régularisation juridictionnelle

660. Elle résulte de l'arrêt *Hoffmann-La Roche/Commission* du 13 février 1979. Le défaut de communication des données permettant à l'intéressé de faire utilement connaître son point de vue constitue à coup sûr la violation d'une formalité substantielle. Mais,

« si, au cours de la procédure devant la Cour, il a été remédié effectivement à des irrégularités de cette nature, celles-ci n'entraînent pas nécessairement l'annulation de

¹⁸⁹³ Comp. M. VIRALLY, *Note sous C.E., 10 juillet 1954, Fédération des conseils de parents d'élèves*, Dalloz, 1955, 330-335.

¹⁸⁹⁴ En théorie, une irrégularité formelle ou procédurale est capable en certaines circonstances d'entraîner l'inexistence de l'acte qui en est affecté. En ce sens, la Cour déclare que « s'agissant de la notification d'un acte, comme de toute autre forme substantielle, soit l'irrégularité est si grave et évidente qu'elle comporte l'inexistence de l'acte contesté, soit elle constitue une violation des formes substantielles pouvant entraîner son annulation » (CJCE, 8 juillet 1999, *Hoechst/Commission*, C-227/92 P, pt 72, I-4488). Mais « pour des raisons de sécurité juridique », l'inexistence « doit être réservée à des hypothèses tout à fait extrêmes » (pt 76, I-4489). Partant, il est permis de douter de l'occurrence d'une telle constatation (en ce sens, D. RITLENG, *De l'inexistence de l'inexistence*, Europe, 1999, n° 327).

la décision attaquée pour autant que les droits de la défense ne se trouvent pas affectés. »¹⁸⁹⁵

Ainsi, il suffirait que les documents non communiqués aient été divulgués *ex post facto*, lors de la procédure judiciaire, pour que l'irrégularité constatée lors de la procédure administrative disparaisse¹⁸⁹⁶. Cette solution équivaut à une « régularisation » juridictionnelle de l'irrégularité procédurale¹⁸⁹⁷. Elle revient à considérer que le résultat obtenu par la Commission, s'il est correct, emporte régularité, même tardive, de la procédure. Or, « considérer que dans un cas comme celui de l'espèce, la violation par la Commission du droit d'être entendue n'entache pas la décision de la Commission dès lors que cette entreprise se voit subséquemment accorder la possibilité d'être entendue devant la Cour reviendrait, croyons-nous, à dire que la Commission peut impunément négliger des formes substantielles, parce que soit l'entreprise concernée n'en appellera pas à la Cour soit, si elle le fait, l'irrégularité peut être rectifiée en cours d'instance »¹⁸⁹⁸. Cette voie a été vivement critiquée¹⁸⁹⁹. On comprend que la juge l'ait abandonnée. Le Tribunal a admis que « la violation des droits de la défense intervenue au stade de la procédure administrative ne saurait non plus être régularisée lors de la procédure devant le Tribunal, qui se limite à un contrôle juridictionnel dans le cadre des moyens soulevés et qui ne peut donc pas remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre de la procédure administrative »¹⁹⁰⁰. En effet, un tel procédé méconnaît à la fois l'autonomie¹⁹⁰¹ et le dynamique de la procédure administrative¹⁹⁰². La Cour a confirmé cette interprétation¹⁹⁰³.

b) La théorie du vice substantiel

661. Dans les mêmes conclusions où il condamnait la régularisation tardive des irrégularités procédurales, l'avocat général Warner ouvrait la voie à un second procédé du même genre. Il affirmait ainsi qu'« en droit communautaire, celui qui conteste la validité d'une décision administrative ne peut se fonder sur une irrégularité de la procédure ayant abouti à cette décision s'il ne peut démontrer qu'il était à tout le moins possible que la décision eût été différente en

¹⁸⁹⁵ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, aff. 85/76, pt 15, Rec. 513.

¹⁸⁹⁶ Ibid., pts 16 à 19, Rec. 513-514.

¹⁸⁹⁷ Cf. D. RITLENG, *op. cit.*, 117.

¹⁸⁹⁸ Conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *Distillers Company/Commission* (aff. 30/78), Rec. 2297-2298.

¹⁸⁹⁹ Voy. par ex. L. GOFFIN, *La jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense*, CDE, 1980, not. 141-144.

¹⁹⁰⁰ TPICE, 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-30/91, pt 98, II-1817; 29 juin 1995, *ICI/Commission*, T-36/91, pt 108, II-1895). Il en va de même en cas d'authentification tardive de l'acte (TPICE, 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-32/91, pt 53, II-1845).

¹⁹⁰¹ En effet, le Tribunal « se limite à un contrôle juridictionnel dans le seul cadre des moyens soulevés et qui ne peut donc remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre de la procédure administrative » (TPICE, 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-30/91, pt 98, II-1817).

¹⁹⁰² « En effet, si la requérante avait pu se prévaloir, lors de la procédure administrative, des documents susceptibles de la disculper, elle aurait éventuellement pu influencer les appréciations portées par le collège des membres de la Commission, au moins en ce qui concerne la valeur probante du comportement parallèle et passif qui lui était reproché... » (TPICE, 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-30/91, pt 98, II-1817).

¹⁹⁰³ CJCE, 8 juillet 1999, *Hercules Chemicals/Commission*, C-51/92 P, pts 78 et 79, I-4275. Comme le souligne D. RITLENG, la Cour « range ainsi définitivement la solution contraire de l'arrêt *Hoffmann* au rang des curiosités juridiques » (Europe, 1999, n° 328).

l'absence de cette irrégularité »¹⁹⁰⁴. Dans cette seconde voie s'est engagé le juge communautaire, soit pour le contrôle des ententes et abus de position dominante¹⁹⁰⁵, soit pour le contrôle des aides d'Etat¹⁹⁰⁶, pour le contrôle des concentrations¹⁹⁰⁷ et des pratiques de dumping¹⁹⁰⁸.

662. Cette conception concerne principalement le droit d'accès au dossier. Les détails en sont complexes. Mais l'idée générale en est fort simple. Elle affirme que, pour être décisive, l'irrégularité ne doit pas porter seulement sur le déroulement de la procédure. Il faut se demander si la formalité est « déterminante » pour le résultat final. La légalité de la procédure est liée à l'opportunité de la décision adoptée. Dès lors, il n'y a plus de séparation nette entre la forme et le fond: il est nécessaire, pour qualifier l'existence de formalités « substantielles », de déterminer si leur observation a pu ou non avoir une répercussion sur le fond des actes qu'elles concernent. Ainsi se formule et s'applique, de manière surabondante, « la théorie du vice substantiel »¹⁹⁰⁹.

663. Quoique cette conception ne soit plus guère discutée aujourd'hui, il ne faut pas se dissimuler ce qu'elle a d'incertain dans ses bases mêmes. Il est légitime que le juge s'abstienne d'annuler une décision pour un défaut procédural qui n'a pas entravé l'exercice des droits de la défense¹⁹¹⁰. De tels cas visent principalement les formalités accessoires ou superflues. Mais, *a priori*, l'irrégularité procédurale est extérieure au contenu normateur¹⁹¹¹; juger qu'elle peut avoir une incidence sur le contenu de la décision implique de considérer que les droits procéduraux ont une finalité extérieure, qui est d'éclairer le décideur sur la décision à prendre. Comment savoir si

¹⁹⁰⁴ Conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *Distillers Company/Commission* (aff. 30/78), Rec. 2290. Notons que cette affirmation a une généalogie ambiguë. L'avocat général Warner fonde son raisonnement sur ses conclusions prononcées dans l'affaire *Deboeck/Commission*, alors qu'il déclarait: « en Angleterre et en Ecosse, et, je crois, également en Irlande, la règle est au contraire que celui qui conteste la validité d'une décision administrative ne peut pas invoquer ce faisant l'existence d'une irrégularité dans la procédure ayant conduit à l'adoption de celle-ci s'il ne peut pas montrer à tout le moins qu'en l'absence de cette irrégularité, il se serait trouvé dans une situation plus favorable » (Conclusions présentées le 18 septembre 1975, aff. 90/74, [1975] Rec. 1142; et v. la jurisprudence citée à l'appui de cette solution). C'est l'idée classique que la formalité doit être protectrice et non accessoire, compte tenu des circonstances. Il s'agit simplement d'éviter les manœuvres dilatoires et un procéduralisme excessif. Elle diffère de la règle énoncée dans les conclusions de l'affaire *Distillers*, à savoir qu'il faut encore que le résultat eût été différent. De plus, loin, comme il l'affirme, de différer du droit administratif français sous ce rapport, cette solution s'en rapproche plutôt: toute irrégularité procédurale n'entraînant pas automatiquement, loin s'en faut, l'annulation de l'acte (J. MOREAU, *Les conséquences des illégalités procédurales en droit administratif français*, REDP, Numéro hors série, 1993, 85-97).

¹⁹⁰⁵ Voy. par ex. CJCE, 10 juillet 1980, *Distillers Company/Commission*, aff. 30/78, pt 26, Rec. 2265.

¹⁹⁰⁶ Voy. par ex. CJCE, 10 juillet 1986, *Belgique/Commission*, aff. 234/84, pt 30, Rec. 2289; CJCE, 21 mars 1990, *Belgique/Commission*, C-142/87, pt 48, I-1016.

¹⁹⁰⁷ Voy. par ex. TPICE, 27 novembre 1997, *Kaysersberg/Commission*, T-290/94, pt 88, II-2176.

¹⁹⁰⁸ Conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Al-Jubail Fertilizer/Conseil*, C-49/88, § 93, [1991] I-3226. Bien que la règle ne soit jamais explicitement mentionnée dans les arrêts en matière d'antidumping, la jurisprudence semble répondre à son esprit: comp. TPICE, 19 novembre 1998, *Champion Stationery e.a./Conseil*, T-147/97, pts 55 à 89, II-4160-4171. Le Tribunal consacre implicitement l'argument du Conseil selon lequel « les requérantes n'auraient pu faire valoir aucun argument supplémentaire, même si elles avaient été explicitement informés du niveau du droit proposé et du fait qu'il était supérieur au droit provisoire. La procédure administrative n'aurait donc pu aboutir à un résultat différent » (pt 52, II-4159-4160; TPICE, 15 décembre 1999, *Petrotub/Conseil*, aff. jtes T-33/98 et T-34/98, pt 206).

¹⁹⁰⁹ Elle est rappelée, par exemple, dans les conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *BPB Industries et British Gypsum/Commission* (C-310/93 P), § 96, [1995] I-887.

¹⁹¹⁰ En ce sens, C. MOORE, *Annotation Case*, CMLR. 1996, 366.

¹⁹¹¹ En ce sens, R. HOSTIQU, *op. cit.*, 258.

la connaissance d'un document non communiqué aurait pu influencer les appréciations de fait qui ont conduit à une décision, à moins d'avoir une idée préconçue du résultat de la procédure? Cette méthode reflète une vision plus générale: non seulement « *l'accès au dossier n'est pas une fin en soi, mais vise à protéger les droits de la défense* »¹⁹¹², mais, bien plus, « *L'idée est que les droits procéduraux ne sont pas une fin en eux-mêmes; ils sont conçus pour réaliser un certain résultat matériel* »¹⁹¹³.

2. Les conséquences de la protection fonctionnelle

664. On dira que « dans sa recherche de la nature substantielle d'une règle de procédure ou de forme, le juge est toujours guidé "*par un critère de type finaliste en vertu duquel toute situation, toute institution, toute règle doit s'apprécier par rapport au but auquel elle se trouve ordonnée ou à la fonction qui lui est assignée*" »¹⁹¹⁴. Les règles procédurales sont donc renvoyées à une finalité propre, et c'est dans le cas où cette finalité serait atteinte qu'il conviendrait d'en tirer la conséquence d'annulation. Mais reste à savoir à quel but la procédure est ordonnée.

665. Si le but de la procédure est d'éclairer l'autorité compétente de manière à garantir l'application correcte des règles matérielles¹⁹¹⁵, il faudra en effet rechercher si le respect des règles de procédure aurait pu modifier le contenu de la décision prise. Mais si le but est de permettre à la personne visée de présenter utilement sa défense¹⁹¹⁶, « on déterminera si telle mesure prise par l'Administration a permis ou non à celui qui fait l'objet d'une sanction de présenter sa défense, si telle motivation est suffisante en la forme ou si tel avis a été régulièrement émis, et non pas du tout en recherchant si le contenu de la décision elle-même aurait pu s'en trouver affecté »¹⁹¹⁷. La première méthode est « *finaliste* », car elle recherche le caractère substantiel d'une forme ou d'une procédure dans les conséquences matérielles qu'ont pu entraîner son omission ou son accomplissement irrégulier¹⁹¹⁸. Ce qui est « *accessoire* » n'est plus seulement la formalité inutile ou impossible, mais toute formalité « non influente sur le résultat »¹⁹¹⁹. La seconde méthode est « *formaliste* », car elle soutient que « les règles de procédure ont leur raison d'être: permettre qu'elles soient méconnues conduit à remettre en cause

¹⁹¹² TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pt 156.

¹⁹¹³ Ce point est défendu par des membres de la Commission, à titre personnel (C.D. EHLMANN & B.J. DRUBER, *Legal Protection of Enterprises: Administrative Procedure, in Particular Access to Files and Confidentiality*, ECLR, 1996, 383). Il s'ensuit naturellement que « *the applicant must demonstrate that the Commission's failure to disclose was material so as to affect the outcome of the administrative procedure* » (B.J. DRUBER, *Access to File and Confidentiality in EEC Competition Proceedings*, in *SCHWERPUNKTE DER KARTELLRECHTS (1992/93)*, Carl Heymanns Verlag KG, 1994, 119).

¹⁹¹⁴ D. RITLENG, *op. cit.*, 105-106, citant R. HOSTIOU, *op. cit.*, 258 (citant lui-même LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952, 226).

¹⁹¹⁵ D. RITLENG, *op. cit.*, §§ 110, 114, 119, 106-114.

¹⁹¹⁶ Cf. G. ISAAC, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968, 291.

¹⁹¹⁷ M. VIRALLY, *op. cit.*, 333.

¹⁹¹⁸ D. RITLENG, *op. cit.*, 104.

¹⁹¹⁹ En d'autres termes, ce n'est plus la formalité qui est « *accessoire* », c'est le contenu des documents qui est à communiquer, dans la mesure où la Commission ne les a pas choisis pour fonder sa décision (CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française/Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, pt 30, Rec. 1885).

la notion même de règle de droit »¹⁹²⁰. Les finalistes verront dans cette méthode un excès de formalisme, préjudiciable à l'efficacité de l'action administrative¹⁹²¹. Les formalistes répondent par « une contradiction » : « si, comme la Cour l'affirme, les droits de la défense constitue un "principe fondamental du droit communautaire" un des "droits fondamentaux de la personne", la sanction n'est-elle pas nécessairement la nullité absolue, c'est-à-dire une nullité qui n'est pas susceptible d'être couverte? »¹⁹²². Autrement dit, ces derniers refusent d'isoler l'essence de ces droits de leurs formes et de leur sanction¹⁹²³.

666. Il est vrai que ceux qui défendent une conception fonctionnelle font porter l'essentiel de leur démonstration sur le respect dû au pouvoir discrétionnaire de l'administration¹⁹²⁴. Mais n'est-il pas notoire que le juge doit, afin de savoir si la décision eût été la même, « se mettre subjectivement à la place de l'administration »¹⁹²⁵? Le juge se trouve en position de reprendre entièrement le processus décisionnel, mais à l'envers. Dans son contrôle, il se fonde sur une décision déjà prise, et attend qu'on lui démontre qu'une autre solution eût été possible.

De l'emploi de cette méthode, les exemples abondent¹⁹²⁶. « Sans que le Tribunal puisse alors se substituer à la Commission », il lui appartient d'ordonner des mesures d'organisation de la

¹⁹²⁰ L. IDOT, *comm.*, Europe, 1999, n° 219.

¹⁹²¹ « It should not be a source of surprise that a number of limitations have been developed in the case law, which correspond to the requirements of the economy of process in proceedings before the Court of Justice and to the needs of the *functional capacity* of the administration » (J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, Luxembourg, 1992, 1421).

¹⁹²² L. GOFFIN, *La jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense*, CDE, 1980, 143.

¹⁹²³ Voir les conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Hercules Chemicals/Commission* (C-51/92 P), § 14, [1999] I-4243; également M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 213-214.

¹⁹²⁴ Voir déjà les conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *Deboeck/Commission* (aff. 90/74), [1975] Rec. 1142.

¹⁹²⁵ L. GOFFIN, *op. cit.*, 144.

¹⁹²⁶ Dans une affaire d'aides d'Etat, « la Commission a offert, à un stade avancé de la procédure, de produire les observations en question et elle les a, en fait, produites en réponse à une demande de la Cour. Bien que cela ne remédie évidemment pas à l'irrégularité, il ressort clairement de la lecture de ces observations qu'elles n'ont rien ajouté à ce que la Commission connaissait, et il n'est pas suggéré par le gouvernement français, après que les observations lui eurent finalement été communiquées, qu'elles auraient pu modifier le résultat de la procédure » (Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *France/Commission* (C-301/87), Rec. [1990], § 90, I-335). En matière de concurrence, « en ce qui concerne plus particulièrement le refus de la Commission de donner à la requérante accès aux réponses fournies par les autres producteurs aux communications des griefs, le Tribunal considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si ce refus constitue une violation des droits de la défense. En effet, un tel examen ne serait nécessaire que s'il existait une possibilité que, en l'absence de ce refus, la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent. Or, force est de constater que tel n'est pas le cas, en l'espèce. En effet, suite à la jonction des affaires aux fins de la procédure orale devant le Tribunal, la requérante a eu accès aux réponses des autres entreprises aux communications des griefs et elle n'en a retiré aucun élément à décharge dont elle aurait pu se prévaloir lors de la procédure orale. Il est permis d'en déduire que ces réponses ne contenaient aucun élément à décharge et que, dès lors, le fait que la requérante n'ait pu y avoir accès durant la procédure administrative n'a pu affecter le résultat auquel est parvenue la décision » (TPICE, 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, pt 56, II-1740; nous soulignons); également TPICE, 29 juin 1995, *Solvay/Commission*, T-30/91, pt 68, II-1806; 29 juin 1995, *ICI/Commission*, T-36/91, pt 78, II-1884. A propos de la non-divulgaration de certains documents à charge, le Tribunal estime que, en dépit du vice de procédure constaté, « il n'en reste pas moins que la requérante ne conteste pas la véracité du résultat de ces vérifications » de sorte que « ce vice n'a pas affecté l'exercice des droits de la défense » (TPICE, 29 juin 1995, *ICI/Commission*, T-37/91, pts 61 et 63, pts 69 et 70, II-1930-1931); CJCE, 8 juillet 1999, *Hercules Chemicals/Commission*, C-51/92 P, pt 81, I-4275.

procédure permettant aux requérants d'avoir accès devant le juge à l'intégralité du dossier d'instruction; le Tribunal doit apprécier, « à la lumière des éléments de preuve avancés par la Commission », si cet accès « aurait quelque chance de faire aboutir la procédure administrative à un résultat différent »¹⁹²⁷. Pareille méthode constitue sans doute un élément de légitimation du contrôle juridictionnel¹⁹²⁸. La défense ne dépend plus de la « bonne foi » de l'administration, mais de la bonne volonté du juge d'accorder l'accès au dossier¹⁹²⁹. Certes, « l'entreprise concernée ne doit pas démontrer que, si elle avait eu accès aux réponses fournies (...), la décision de la Commission aurait eu un contenu différent, mais seulement qu'elle aurait pu utiliser lesdits documents pour sa défense »: mais, pour en juger, le juge prendra en considération les conclusions retenues par la Commission dans sa Décision, sans se demander si, *ab initio*, une autre voie aurait pu être suivie aboutissant à un résultat différent. Par là, la dynamique propre de la procédure, qui consiste à laisser le contradictoire se développer librement, sans présupposer aucun résultat ni aucune intervention extérieure, n'est-elle pas perdue? Tel est le paradoxe apparent: la protection procédurale, accordée pour prévenir le contrôle juridictionnel, finit par créer de nouveaux espaces pour ce contrôle.

667. Qu'une conception purement formaliste ait pour effet pratique de soumettre l'administration à un formalisme par trop rigoureux, inutile et dangereux pour l'efficacité de son action, on le conçoit aisément¹⁹³⁰. Mais peut-on pour autant se satisfaire d'une telle adaptation des droits procéduraux des parties à la procédure? Avant de répondre, il faut compléter ce tableau.

B. La confusion de la forme et du fond

668. La position du juge communautaire est plus subtile. Il ne choisit pas entre les méthodes de protection, il les utilise alternativement; dans les faits, elles ne sont pas rivales mais concurrentes.

En même temps, on l'a vu, le juge a développé un contrôle étendu fondé sur l'obligation de *motivation*. Cette jurisprudence s'explique par le souci de protéger les tiers pour lesquels la protection procédurale est réduite. Ainsi, il n'hésite pas à soulever d'office le moyen de la motivation et à fonder sur ce seul moyen l'annulation d'une décision¹⁹³¹. Poussant très loin le

¹⁹²⁷ TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, aff. jtes T-25, 26, 30 à 32, 35 à 39, 42 à 46, 50 à 65, 68 à 71, 87, 88, 103 et 104/95, pts 241, 247. Dans cet arrêt, Le Tribunal livre un véritable *discours de la méthode* (« cadre analytique pour l'appréciation d'un argument tiré de la violation des droits de la défense en raison de l'inaccessibilité d'un prétendu élément à décharge au cours de la procédure administrative »). L'accès est intégral exception faite des documents contenant des secrets d'affaires d'autres entreprises, d'autres informations confidentielles et des documents internes de la Commission (pt 210). Les conditions d'accès lors de l'instruction juridictionnelle ont cependant été vivement critiquées par les entreprises concernées (pts 212 et ss.).

¹⁹²⁸ Comp. X. LAGARDE, *REFLEXION CRITIQUE SUR LE DROIT DE LA PREUVE*, LGDJ, Paris, 1994, 160.

¹⁹²⁹ TPICE, 20 avril 1999, *Linburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commission*, T-305 à 307/94, T-313 à 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328 à 329/94 et T-335/94, pts 1010 et ss., II-1203 et ss.

¹⁹³⁰ En ce sens, Conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Hercules Chemicals/Commission* (C-51/92 P), §§ 13-15, [1999] I-4243.

¹⁹³¹ Les règles de détermination du caractère d'ordre public des moyens procéduraux traduisent bien cette ambiguïté du contrôle du juge. La jurisprudence ne manque pas d'exemples qui affirment que les moyens se

contrôle formel, cette jurisprudence provoque inévitablement une « interférence » entre le contrôle de la légalité externe et le contrôle de la légalité interne de la décision¹⁹³². Par rapport à la position précédente, c'est un renversement: il ne s'agit plus de faire dépendre l'absence de violation des formes substantielles (les droits de la défense) de l'absence de vice de fond, mais de faire dépendre l'absence de vice de fond de l'absence de violation des formes substantielles (la motivation).

669. Dans un cas comme dans l'autre, on note un rapprochement de la forme et du fond: tandis que, dans le premier cas, la légalité matérielle emporte la légalité procédurale, dans le second c'est l'illégalité formelle qui emporte l'illégalité matérielle. Ainsi, le juge « régule » la procédure. Soit il atténue la protection procédurale forte reconnue aux parties directement intéressées pour éviter de menacer l'efficacité du contrôle de la Commission. Soit il accentue la protection formelle des tiers pour compenser une protection procédurale réduite.

670. Parce que le juge communautaire est conscient des limites de ses pouvoirs et entend respecter le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration, il adopte une attitude restrictive à l'égard du contrôle de la légalité procédurale, prenant le risque du *retrait*. Mais parce que ce processus lui-même est susceptible d'entraîner une part d'arbitraire qui met en danger des droits qu'il entend fondamentalement protéger, on comprend qu'il essaie d'étendre le plus son contrôle formel, au risque d'*interférer* avec le processus administratif. Dans les deux cas, l'individu est saisi en tant que partie contribuant au résultat de la Commission ou au contrôle du juge, et non en tant que sujet actif d'une procédure. Le problème du contrôle juridictionnel dessine un dilemme bien connu la doctrine américaine: « le dilemme de la déférence et de l'intrusion »¹⁹³³. Au stade actuel du développement du droit économique, on ne saurait dire que ce dilemme est aigu. Néanmoins, il annonce déjà une conception de la procédure qui, dans la régulation sociale, produit des exclusions.

rattachant à la violation des droits de la défense ou surtout à la violation de l'obligation de motivation doivent être soulevés d'office par le juge (sur cette jurisprudence et ses « attermolements », D. RITLENG, *op. cit.*, 258 et ss.). Sans doute, cette qualification contribue à donner un poids supplémentaire à ces règles et aux droits qu'elles font naître. Dans l'affaire *Meganck/Commission*, jugée en 1973, l'avocat général Mayras rappelait, citant le *Cours de contentieux administratif* de R. Odent, que des moyens sont d'ordre public « en ce sens qu'ils mettent en cause des questions d'une importance telle que le juge "méconnaîtrait la règle de droit qu'il a pour mission de faire respecter, si la décision juridictionnelle qu'il rend n'en tenait pas compte" » (Conclusions présentées le 13 décembre 1972, aff. 36/72, [1973] Rec. 539). Cependant, la portée de cette jurisprudence est toute relative. Le juge communautaire adopte en effet à l'égard de ces moyens « une approche fonctionnelle » (D. RITLENG, *op. cit.*, 260-262). Qu'une forme substantielle soit un moyen d'ordre public ne peut garantir sa recevabilité, même tardive, ou un examen d'office; pour cela, il faut encore qu'elle permette, dans le cas d'espèce, de mettre en cause la légalité matérielle de l'acte contrôlé (TPICE, 18 novembre 1992, *Rendo e.a./Commission*, T-16/91, pts 130 et 131, II-2455-2456; TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a./Commission*, T-106/95, pts 46-49, 57-60, II-248, II-252). Pareille conception est naturellement contestée par les tenants de la méthode « formaliste », car « un droit fondamental de la personne ou un principe fondamental communautaire est par sa nature même d'ordre public et par conséquent sa violation ne peut être que la nullité » (L. GOFFIN, *op. cit.*, 143).

¹⁹³² Sur ce point, voir, *supra*, l'analyse de l'obligation de motivation et du principe d'impartialité, §§ 404 et ss.; D. RITLENG, *op. cit.*, § 333, 288-289.

¹⁹³³ Cf. D. DIZENHAUS, *The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy*, in *THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW*, M. Taggart (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1997, 279-307.

§ II. LES CONSEQUENCES INDEMNITAIRES DES ILLEGALITES PROCEDURALES

671. Au terme de l'article 288 al. 2, « en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions »¹⁹³⁴. Peu nombreuses, cependant, sont les affaires mettant en cause la responsabilité pécuniaire de la Commission pour irrégularité procédurale. En principe, toute infraction commise par l'administration communautaire aux règles communautaires peut constituer une illégalité engageant la responsabilité extracontractuelle de la Communauté¹⁹³⁵. L'étude de la jurisprudence révèle cependant que ce principe doit être tempéré. Là encore, l'illégalité procédurale apparaît comme nettement inférieure à l'illégalité matérielle.

A. Les conséquences de l'accomplissement irrégulier de formalités de procédure

672. Dans l'affaire *United Brands/Commission*, relative à l'application de l'article 82 CE, la requérante se plaignait d'avoir subi un préjudice moral du fait que l'attitude de la Commission dans la procédure avait été emprunte de « partialité » et réclamait, pour ce motif, l'allocation de dommages-intérêts. Bien que l'agent de la Commission avait confié à la presse des commentaires dénigrants sur le comportement de cette entreprise avant qu'elle n'ait pu faire valoir ses moyens de défense, la Cour tient le raisonnement suivant :

« aucun élément du dossier ne permet de présumer que la décision attaquée n'aurait pas été prise ou aurait eu un contenu différent, sans l'existence de ces manifestations litigieuses qui en elles-mêmes sont regrettables;

« rien n'indique que la Commission a eu une attitude de nature à altérer la conduite normale de la procédure;

« dans ces conditions, la demande de dommages-intérêts portée contre elle doit être rejetée. »¹⁹³⁶

Pour que la responsabilité de la Commission soit engagée, il faut donc que la violation des règles procédurales soit accompagnée d'un vice qui atteint la légalité interne de l'acte en question.

673. Il se peut, néanmoins, que l'accomplissement irrégulier d'une formalité procédurale soit de nature à porter une atteinte grave et substantielle aux intérêts d'une personne engagée dans la procédure. Tel est le cas topique de l'affaire *Adams/Commission*. Dans cette affaire de concurrence, était en cause, on le sait, la violation par la Commission de l'obligation découlant de l'article 285 du traité de garder secrète l'identité d'un informateur et de prévenir ce dernier que les autorités suisses étaient susceptibles d'engager une action pénale contre lui. Or, « en omettant de faire toute diligence pour transmettre au requérant les informations dont elle disposait (...), la

¹⁹³⁴ Sur ce régime en général, F. FINES, *ETUDE DE LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE*, LGDJ, Paris, 1990, not. 309-420.

¹⁹³⁵ En ce sens, T. TRIDIMAS, *THE GENERAL PRINCIPLES OF EC LAW*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 314.

¹⁹³⁶ CJCE, 14 février 1978, *United Brands/Commission*, aff. 27/76, pts 286 à 288, Rec. 311.

Commission a engagé sa responsabilité envers le requérant à raison dudit préjudice »¹⁹³⁷. Même si, en l'espèce, « la responsabilité de la Commission se trouve atténuée par les imprudences commises par le requérant lui-même »¹⁹³⁸, il en résulte clairement une illégalité procédurale pouvant donner lieu à indemnité. Cependant, il faut, semble-t-il, établir « une faute lourde et un préjudice grave »¹⁹³⁹ : conditions difficiles à réunir. A l'évidence, une telle hypothèse n'est pas amenée à se reproduire souvent¹⁹⁴⁰.

674. Au total, comme le souligne A. Pliakos, « les conditions de responsabilité de la Commission, dans la mise en œuvre des droits de la défense, sont particulièrement strictes. En effet, il serait trop difficile pour une entreprise de démontrer avoir subi un préjudice grave en raison d'une faute lourde commise par la Commission, d'autant plus que la nature "administrative" de la procédure de concurrence conduit souvent la Cour à reconnaître à celle-ci une grande marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit d'être entendu »¹⁹⁴¹. La jurisprudence de la Cour de justice rejoint, par là, celle du Conseil d'Etat français dans une conception « finaliste » : les mesures justifiées au fond n'ouvrent pas droit à dommages-intérêts¹⁹⁴². Mais, ici, elle se comprend mieux : « la solution se comprend aisément, et l'on peut dire que, dans le cas visé, la faute existe, mais non le préjudice »¹⁹⁴³.

B. Les conséquences de la violation d'un principe général de procédure

675. Plus proche des solutions du droit allemand apparaît, à première vue, la jurisprudence du Tribunal de première instance en matière de contrôle antidumping¹⁹⁴⁴. Mais le résultat pratique est le même. Le problème se pose, ici, différemment, parce qu'il s'agit non du comportement de la Commission dans l'adoption d'actes individuels mais d'illégalités procédurales dans l'adoption d'actes normatifs. On sait que, à cet égard, la jurisprudence a adopté une position particulièrement restrictive. La Cour a jugé que, « s'agissant d'un acte normatif qui implique des choix de politique économique, cette responsabilité de la Communauté pour le préjudice que des particuliers auraient subi par l'effet de cet acte ne saurait être engagée, compte tenu des dispositions de l'article 215, alinéa 2, du traité [288 al. 2], qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers »¹⁹⁴⁵. Selon l'avocat général Capotorti, « cela exclut déjà la responsabilité en cas de violation d'une règle de procédure ou de forme des actes réglementaires; les règles de ce type n'attribuent généralement

¹⁹³⁷ CJCE, 7 novembre 1985, *Adams/Commission*, aff. 145/83, pt 44, Rec. 3590.

¹⁹³⁸ Ibid., pt 53 et v. pt 54 et 55, Rec. 3592.

¹⁹³⁹ En ce sens, A. PLIAKOS, *op. cit.*, 427.

¹⁹⁴⁰ La simple allégation d'un « traitement inéquitable » du plaignants dans le cadre du contrôle des aides d'Etat, du fait d'une notification jugée tardive d'une décision de clore l'enquête ne suffit pas à établir l'existence d'un « préjudice moral » de nature à engager la responsabilité de la Commission (TPICE, 28 janvier 1999, *BAI/Commission*, T-230/95, pts 37 à 40, II-137).

¹⁹⁴¹ A. PLIAKOS, *op. cit.*, 428-429.

¹⁹⁴² Cf. M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 219.

¹⁹⁴³ J. MOREAU, *Les conséquences des illégalités procédurales en droit administratif français*, REDP, Numéro hors série, 1993, 85-97, not. 92.

¹⁹⁴⁴ Pour un aperçu du droit allemand sur la question, M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 217-18.

¹⁹⁴⁵ CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt/Commission*, aff. 5/71, pt 11, Rec. 985.

pas de droits subjectifs aux particuliers, même s'il est incontestablement possible que l'acte réglementaire vicié pour des raisons de procédure ou de forme soit invalidé »¹⁹⁴⁶. Il en a été jugé ainsi, itérativement, en ce qui concerne l'obligation de motivation¹⁹⁴⁷.

676. Cependant, par un arrêt plus récent, le Tribunal de première instance semble avoir admis que la violation d'un principe général de procédure pouvait donner lieu à l'engagement de la responsabilité communautaire. Si cette règle s'applique de manière constante aux violations du principe d'égalité, de confiance légitime, de proportionnalité et aux droits fondamentaux¹⁹⁴⁸, on pouvait se demander si la violation d'une exigence liée à un principe de procédure était susceptible d'aboutir au même résultat. Or, dans l'arrêt *Nölle/Commission*, à l'égard d'une violation du principe de sollicitude rattaché aux garanties procédurales des particuliers, le Tribunal a déclaré¹⁹⁴⁹:

« le caractère protecteur du principe ainsi violé ne saurait être mis en cause dans le cas d'espèce (...). elle [la Commission] commet une violation du principe de sollicitude qui est une règle protégeant les particuliers. »¹⁹⁵⁰

Ainsi, même si le juge repousse l'examen de ce point¹⁹⁵¹, il semble que la notion de « règle supérieur de droit », constitutif d'un engagement de la responsabilité communautaire, inclut les principes procéduraux dont fait partie le principe des droits de la défense. Mais, classiquement, il se montre très exigeant quant à la condition relative à une « violation grave et manifeste »:

« dans la mesure où les institutions communautaires n'ont pas complètement méconnu leur devoir de sollicitude et de bonne administration envers la requérante mais, simplement, mal apprécié l'étendue de leurs obligations découlant de ce principe, la violation du principe de sollicitude ne saurait être qualifiée en l'espèce de violation suffisamment caractérisée ou de violation manifeste et grave au sens de la jurisprudence de la Cour. »¹⁹⁵²

Or, le Tribunal ajoute:

« même si la Commission avait effectué un examen plus sérieux de la question de savoir si Taïwan pourrait être un pays de référence adéquat, rien ne saurait empêcher qu'à l'issue d'un tel examen le Sri Lanka puisse se révéler être un choix approprié et raisonnable au sens de l'article 2, paragraphe 5, sous a), du règlement de base. »¹⁹⁵³

¹⁹⁴⁶ Conclusions présentées le 1er mars 1978 dans l'affaire *HNL/Conseil et Commission*, aff. 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, [1978] Rec. 1233.

¹⁹⁴⁷ En effet, « une éventuelle insuffisance de motivation d'un acte réglementaire n'est pas de nature à engager la responsabilité de la Communauté » (CJCE, 15 septembre 1982, *Kind/Commission*, aff. 106/81, pt 14, Rec. 2918; TPICE, 18 septembre 1995, *Nölle/Conseil et Commission*, T-167/94, pt 57, II-2613; TPICE, 15 avril 1997, *Schröder e.a./Commission*, T-390/94, pt 66, II-522).

¹⁹⁴⁸ En ce sens, T. TRIDIMAS, *op. cit.*, 23, 316.

¹⁹⁴⁹ TPICE, 18 septembre 1995, *Nölle/Conseil et Commission*, T-167/94, pt 69, II-2617 (Argument de la requérante).

¹⁹⁵⁰ Ibid., pt 76, II-2619.

¹⁹⁵¹ Ibid., pt 77, II-2620.

¹⁹⁵² Ibid., pt 89, II-2623-2624.

¹⁹⁵³ Ibid., pt 90, II-2624.

A nouveau pointe une conception « finaliste »: le résultat de la procédure n'étant pas manifestement incorrect, le vice procédural ne suffit pas à entraîner l'allocation d'une indemnité. Cette affaire est exemplaire: le recours est rejeté¹⁹⁵⁴. Si, donc, en théorie, on ne peut exclure que la seule violation de principes procéduraux peut entraîner l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté, il faut se garder, en fait, d'une conclusion hâtive: le plus souvent, le juge recherchera, avant d'annuler ou d'indemniser, s'il existe un vice « substantiel ».

677. Il peut paraître dès lors plus judicieux de rechercher la responsabilité de l'administration communautaire sur la base d'une faute de service, car une illégalité simple suffit pour l'établir. Celle-ci pourra désormais résulter, au titre d'une violation du principe de bonne administration, de l'absence d'enquête préalable et d'une omission d'entendre les intéressés avant de sanctionner une entreprise bénéficiant du programme PHARE¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵⁴ Ibid., pt 91, II-2624.

¹⁹⁵⁵ TPICE, 9 juillet 1999, *New Europe Consulting et Brown/Commission*, T-231/97, pts 29 à 45, II-2415-2419. L'illégalité constituée, le préjudice étant réel et certain et lien de causalité établi, les requérants auront droit à un « dédommagement équitable »; v. également D. SIMON, *Violation du principe de bonne administration*, Europe, 1999, n° 333.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

678. S'il fallait résumer, à grands traits, l'évolution complexe d'où émerge la protection procédurale au sein de la régulation économique communautaire, on évoquerait en premier lieu des garanties réellement protectrices. Certes, elles ne se comparent pas aux garanties de la procédure judiciaire: elles ne bouleversent pas l'organisation du système administratif au point de le transformer en tribunal impartial et indépendant. Il ne paraît pourtant pas que les particuliers aient beaucoup à pâtir du cumul des fonctions administratives. Le point faible de cette méthode de protection est ailleurs: elle n'est pas d'un usage général, mais à la portée d'un petit nombre seulement; et même à ces rares élus, elle ne saurait offrir une protection parfaite: elle cède sur certains droits, elle cède dans certaines phases de la procédure, enfin elle devient inefficace devant le juge quand l'opportunité d'une décision est en jeu.

1. Les modèles de la procédure économique

679. En fait, toute cette construction oscille entre deux modèles fondamentaux, l'un « objectif » et l'autre « subjectif ». Distinction commune à toute procédure, qui se développe à l'origine au sein de la procédure civile¹⁹⁵⁶ ou pénale¹⁹⁵⁷. Elle détermine une division des écoles et des courants caractéristique de la modernité procédurale. Un bref détour par ces théories n'est pas inutile. Le premier grand courant, qui s'attache au point de vue objectif, conçoit le procès comme « *l'expression de la volonté de l'Etat* ». La fonction du procès n'est autre que « *l'application de la loi, c'est-à-dire du droit au sens objectif* »¹⁹⁵⁸. Il a le caractère de moyen par rapport à une fin, qui est générale et objective. Dans ce modèle, « *la défense des droits subjectifs* » n'est pas niée; mais elle est tenue pour secondaire¹⁹⁵⁹. Au contraire, le second courant voit d'abord le procès comme un moyen de défense des droits subjectifs. Il doit « *fournir aux titulaires des droits subjectifs le moyen, au cas où ces droits seraient méconnus ou violés, de les faire respecter, d'en assurer la mise en oeuvre et la sanction, en un mot l'efficacité* »¹⁹⁶⁰. Dès lors l'objet de la procédure est « *essentiellement d'assurer, par la voie du recours à la justice, la sanction et*

¹⁹⁵⁶ Cette distinction se lit remarquablement dans l'histoire moderne de la procédure civile: v. G. TARELLO, *DOTTRINE DEL PROCESSO CIVILE. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Il Mulino, Bologna, 1989.

¹⁹⁵⁷ Voir D. SALAS, *DU PROCES PENAL. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, Paris, 1992; B. MONTANARI, *La "faute" et l'"accusation": réflexions sur la vérité dans le procès*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1997, vol. 68, 43-54.

¹⁹⁵⁸ Le meilleur représentant du modèle objectif se trouve peut-être être, en Italie, G. CHIOVENDA, *PRINCIPI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE*, Napoli, 1923, 65 (souligné par l'auteur).

¹⁹⁵⁹ Ibid., 66. Sans doute le procès comporte-t-il la défense d'un droit subjectif: défense d'un intérêt privé juridiquement protégé, qui se confond, à l'origine, avec la propriété. Mais « *cette défense sera le but, entièrement individuel et subjectif, que se donne le demandeur; le procès comporte au contraire le but général et objectif d'appliquer la loi, et le but du demandeur et celui du procès coïncideront seulement dans le cas dans lequel la demande est fondée* » (G. CHIOVENDA, *ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE*, Vol. I, *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960, 38).

¹⁹⁶⁰ H. SOLUS et R. PERROT, *DROIT JUDICIAIRE PRIVE*, tome I, Sirey, Paris, 1961, 11 (souligné par les auteurs). « Rechercher l'applicabilité d'une règle de droit et rechercher l'existence d'un droit subjectif, c'est donc la même chose » (H. MOTULSKY, *PRINCIPES D'UNE REALISATION METHODIQUE DU DROIT PRIVE. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1ère éd., Sirey, 1948, rééd. Dalloz, Paris, 1991, 73).

l'efficacité des droits que les particuliers tiennent des grandes disciplines du droit privé »¹⁹⁶¹. Le procès est une garantie de l'effectivité des droits individuels¹⁹⁶².

680. De ces manières de voir découlent deux voies pour la procédure. D'un côté, il existe une voie « *autoritaire* » du procès, qui implique que le juge puisse rechercher librement la réalité objective des faits et du droit. D'un autre côté, il existe une voie « *libérale* », dans laquelle la transaction entre les parties est privilégiée et qui limite le rôle du juge¹⁹⁶³. Cette distinction traverse tout le droit de la preuve et de la procédure¹⁹⁶⁴. Suivant la première voie, le principe du contradictoire constitue une restriction à la libre recherche des preuves¹⁹⁶⁵. On l'admet, mais seulement à titre réduit, comme une limite¹⁹⁶⁶, et sous une forme clairement fonctionnelle: le respect des formes est nécessaire pour faire accepter la décision. Suivant la seconde voie, le principe est accueilli, car il est reconnu comme une garantie nécessaire d'une justice libre¹⁹⁶⁷; la procédure est dominée par le principe de « *neutralité du juge* »¹⁹⁶⁸, selon lequel « *les parties sont "maîtresses" du procès en ce sens qu'elles ont le pouvoir de fixer la matière litigieuse* »¹⁹⁶⁹.

681. Dans les deux cas, cependant, la procédure contradictoire est « *l'instrument d'une certaine approche de la vérité judiciaire* », en ce qu'elle « *contribue à l'adéquation du jugement à la règle de droit* »¹⁹⁷⁰. Une ruse est inscrite dans la procédure: « de cet échange d'arguments

¹⁹⁶¹ Ibid., 5.

¹⁹⁶² M.-A. FRISON-ROCHE & W. BARANES, *Le souci de l'effectivité du droit*, Dalloz, 1996, Chron., 301-301.

¹⁹⁶³ Dans l'Europe post-révolutionnaire, on distingue deux modèles classiques de procès civil: un modèle de type « *libéral* » incarné par le procès napoléonien et un modèle de type « *autoritaire* », lié au despotisme illuminé qu'incarnent les réformes procédurales successives de Frédéric II de Prusse et qui va s'imposer en Autriche, en Allemagne puis en Italie (sur ce dernier trajet, v. les indications de G. TARELLO, *op. cit.*, 10 et ss.). La doctrine civiliste française hérite sans aucun doute du premier modèle: « la procédure est le chemin par lequel on arrive à la justice, à la reconnaissance et à la réalisation des droits » (E. GLASSON & A. TISSIER, *TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE D'ORGANISATION JUDICIAIRE. DE COMPETENCE ET DE PROCEDURE CIVILE*, Sirey, Paris, 1925, 3; voy., cependant, pour une position plus « objective », L. CREMIEU, *PRECIS THEORIQUE ET PRATIQUE DE PROCEDURE CIVILE*, Sirey, Paris, 1924, not. 3-5). Sur ces deux voies, étudiées sous l'angle de l'office du juge en matière de preuve en droit français, v. J. NORMAND, *LE JUGE ET LE LITIGE*, LGDJ, Paris, 1965, 309-310.

¹⁹⁶⁴ Mais, dès lors, le sens politique de la procédure n'est pas douteux. Au seuil de la modernité procédurale, il est faut se reporter au débat qui a opposé deux grands auteurs du XVIIIème siècle, Bentham et Montesquieu. Il est impossible de retracer ici les données et la vigueur de ce débat. Notons seulement que le premier préconise « l'abolition pure et simple de toutes les formalités existantes » dans lesquelles il voit un frein à la recherche de la vérité (J. BENTHAM, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND*, au Livre III, Oxford, 1768, 422-424; v. également W. TWINING, *THEORIES OF EVIDENCE: BENTHAM AND WIGMORE*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1985; G. POSTEMA, *BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION*, Clarendon Press, Oxford, 1989), tandis que le second voit dans les formalités « le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens » (*DE L'ESPRIT DES LOIS*, Livre XII, Chap. II intitulé « *De la simplicité des lois criminelles, dans les divers gouvernements* », *OEUVRES DE MONTESQUIEU*, 1758, Amsterdam & Leipsick. Garnier-Flammarion, Paris, 1979). Au « libéralisme vertueux » de Montesquieu s'oppose « l'autoritarisme démocratique » de Jeremy Bentham (E. HALEVY, *LA FORMATION DU RADICALISME PHILOSOPHIQUE*, vol. III. *Le radicalisme philosophique*, 1ère éd., Alcan, 1904, rééd. PUF, Paris, 1995).

¹⁹⁶⁵ J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *TRAITE DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 1994, n° 655, 628.

¹⁹⁶⁶ J. NORMAND, *op. cit.*, 349.

¹⁹⁶⁷ Ibid., 31.

¹⁹⁶⁸ H. MOTULSKY, *op. cit.*, 38.

¹⁹⁶⁹ Ibid., 82.

¹⁹⁷⁰ R. MARTIN, *De la contradiction à la vérité judiciaire*, Gaz. Pal., 1981, 209-210.

naîtra la lumière »¹⁹⁷¹. Les « formes protectrices » n'ont d'autre but que de « favoriser la manifestation de la vérité »¹⁹⁷². Mais il faut un saut pour passer de « l'échange réglé d'arguments »¹⁹⁷³ à « la vérité dans le jugement »¹⁹⁷⁴. Ce saut, c'est le juge qui l'accomplit en appliquant prudemment et équitablement la loi¹⁹⁷⁵. C'est ainsi que les systèmes procéduraux modernes s'efforcent de résoudre la tension¹⁹⁷⁶. De quelque manière, en effet, qu'on le définisse, la finalité du procès est toujours double: « *pour les parties, le procès est un instrument de satisfaction du droit privé; mais, pour l'Etat, c'est une forme de réalisation du droit* »¹⁹⁷⁷. On en revient, par là, aux deux fonctions traditionnelles du jugement: apaiser les conflits, dire le droit¹⁹⁷⁸, et à une définition conciliante des droits de la défense comme moyen de découvrir la vérité et de protéger les parties.¹⁹⁷⁹

682. Cependant, cette différence de perspectives s'ouvre à nouveau et s'accuse si l'on s'installe dans un « monde d'incertitude »¹⁹⁸⁰. Certes, en droit communautaire, la prise de décision est soumise aux objectifs généraux assignés par les traités. Mais « le contenu économique des traités impose à l'interprète de porter des appréciations économiques qui sont loin d'avoir la rigoureuse simplicité de déductions juridiques, mais qui conditionnent l'efficacité du processus d'intégration voulu par les auteurs des traités »¹⁹⁸¹. Dans ces conditions, la vérité,

¹⁹⁷¹ R. BORDEAUX, *PHILOSOPHIE DE LA PROCEDURE CIVILE. Mémoire sur la réformation de la justice*, Imprimerie de Auguste Hérissey, Evreux, 1857, 22. B. MANIN rappelle opportunément que « l'idée que la discussion fait jaillir la lumière est, en vérité, assez commune, et la tradition philosophique occidentale en a donné, depuis Platon et Aristote, de multiples versions élaborées » (*PRINCIPES DU GOUVERNEMENT REPRESENTATIF*, Calmann-Lévy, Paris, 1995, 236, note 31).

¹⁹⁷² R. VON JHERING, *L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN DANS LES DIVERSES PHASES DE SON DEVELOPPEMENT*, trad. O. de Meulenaere, t. III-IV, Forni Editore, Bologna, 1886-1888, 14.

¹⁹⁷³ P. RICOEUR, *LECTURES I. Autour du politique*, Seuil, Paris, 1991, 194.

¹⁹⁷⁴ Cf. J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Droit et Société, n° 38, 1998, 1-32; S. COTTA, *La question de la vérité du jugement*, in *L'AVENIR DU DROIT. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, 37-45.

¹⁹⁷⁵ J. NORMAND, *op. cit.*, 309. Si le juge a la capacité d'adoucir l'application de la loi pour faire droit à des motifs d'équité, c'est d'abord parce qu'il lui revient de dire le droit (sur ce point, v. P. OURLIAC, *L'office du juge dans le droit canonique classique*, in *MELANGES P. HEBRAUD*, Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, 627-644) et de découvrir la vérité. Le but n'est pas ce que le juge fait en appliquant la loi, mais la vérité de ce qu'il fait, qui affirme et maintient la logique du système juridique. En cela, il mérite d'être appelé conscience « tierce, impartiale et désintéressée » (A. KOJEVE, *ESQUISSE D'UNE PHENOMENOLOGIE DU DROIT*, Gallimard, Paris, 1981, not. 69 et ss.).

¹⁹⁷⁶ Comme le note J. NORMAND, toutes les expériences procédurales modernes ont « répudié l'idée que la vérité pouvait être la chose des parties » (*op. cit.*, 350).

¹⁹⁷⁷ E. COUTURE, *Le procès comme institution*, RIDC, 1950, 278.

¹⁹⁷⁸ M. BAYLES, *Principles of Legal Procedure*, Law and Philosophy, 1986, n° 5, 33-57; D. D'AMBRA, *L'OBJET DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE: DIRE LE DROIT ET TRANCHER LES LITIGES*, LGDJ, Paris, 1994.

¹⁹⁷⁹ « Relié au principe dispositif, le principe du contradictoire satisfait aux exigences objectives de l'administration de la justice: c'est la contradiction des parties qui épargne au juge les erreurs qu'il eût commises, livré à ses seules lumières. Le principe du contradictoire peut aussi être considéré dans une perspective plus individualiste: il sauvegarde le droit, qui appartient à chaque partie, d'avancer les éléments de fait et les arguments de droit qu'elle croit de nature à soutenir sa prétention ou sa défense » (F. RIGAUX, *LA NATURE DU CONTROLE DE LA COUR DE CASSATION*, Bruylant, Bruxelles, 1966, 66-67).

¹⁹⁸⁰ H. DUMEZ & A. JEUNEMAÎTRE, *LA CONCURRENCE EN EUROPE. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, Paris, 1991, 175.

¹⁹⁸¹ D. SIMON, *L'INTERPRETATION JUDICIAIRE DES TRAITES D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 214. Ce changement a déjà fait l'objet de recherches importantes dans le cadre du contentieux judiciaire. Afin de contrôler la complexité croissante des

même « judiciaire », fait défaut¹⁹⁸². On conçoit que le juge craigne de s'engager dans un contrôle trop poussé, de peur de substituer sa propre appréciation à celle de l'auteur de l'acte¹⁹⁸³. Mais, dès lors, l'aspect objectif et l'aspect subjectif de la procédure ont tendance à se disjoindre. Il s'ensuit des tensions récurrentes au sein de la procédure de décision.

683. Derrière ces tensions, il y a des intérêts bien réels¹⁹⁸⁴. Derrière un modèle objectif se range la Commission. Elle reconnaît les garanties des parties, mais cherche à limiter le formalisme. Le modèle subjectif se lit au contraire dans les argumentations des requérants. Au lieu d'en voir les « inconvénients », ils insistent sur les mérites du formalisme pour la protection des particuliers¹⁹⁸⁵. Cependant, dans le domaine des intérêts, les frontières sont floues. Une double altération menace le sens de cette opposition. D'une part, un même argument est susceptible de servir des intérêts contradictoires¹⁹⁸⁶. D'autre part, les arguments sont facilement manipulables. Derrière certains plaidoyers pour le formalisme se trouvent des intérêts moins louables¹⁹⁸⁷.

rapports économiques, le contentieux économique se traduit ainsi par l'invention de notions, de techniques et de procédures nouvelles. Parmi celles-ci figure « la magistrature économique », justice de nature inquisitoire, managériale, réglementaire, experte et sanctionnatrice (F. OST, *Entre jeu et providence, le juge et les relations économiques*, in *LES MAGISTRATURES ECONOMIQUES ET LA CRISE*, A. Jacquemin & B. Remiche (dir.), CRISP, Bruxelles, 1984, 39-87). Alors qu'en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, l'essor de ces nouvelles pratiques a donné lieu à la constitution d'un modèle juridique original, du nom de « *public law litigation* » (A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, HLR, 1976, 1281-1316; O.M. FISS, *The New Procedure*, Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico, 1985, 209-220), en France on assiste à l'apparition d'un nouveau « droit processuel économique » (voir *Justices*, n°1, 1995: *Justice et Economie*; RIDE, 1997 n° 1 et 2: *Les magistratures économiques*).

¹⁹⁸² Il faudrait prendre soin ici de distinguer entre la vérité « judiciaire » et les autres formes de la vérité (historique, scientifique...). Mais il est vrai que les critères de la distinction eux-mêmes sont débattus.

¹⁹⁸³ La discrétionnalité se situe précisément dans la confrontation du fait et du droit, dans l'opération de qualification juridique au sens large (D. RITLENG, *LE CONTROLE DE LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 545; v. P. VERLOREN VAN THEMAAT, *L'économie à travers le prisme du juriste*, RIDE, 1989, 133-162; en général, F. RIGAUX, *L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit*, Droit et Société, n° 41, 1999, 85-97).

¹⁹⁸⁴ On se situe alors au « niveau praxéologique » défini par J. CHEVALLIER: « l'objectif est d'examiner dans quelle mesure le concept d'intérêt est susceptible d'éclairer les processus administratifs, d'expliquer la logique du fonctionnement de l'appareil, d'élucider les comportements des agents » (*Le concept d'intérêt en science administrative*, in *DROIT ET INTERET*, Vol. 1, P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (dir.), Publications des FUSL, Bruxelles, 1990, 135-163).

¹⁹⁸⁵ Telle est la démarche de F. GENY qui en recense les « inconvénients » des formes (« gênes, retards, complications, frais, entraves de toutes sortes ») mais en souligne aussi les « avantages possibles » et les mérites: « attention éveillée et prémunie contre les pièges tendus à la volonté; certitude et précision du fait juridique positif, en vue d'assurer son effet propre; conservation de la preuve, grâce au côté sensible des solennités ». Ce qu'il appelle un « formalisme utilitaire ou réfléchi » (*SCIENCE ET TECHNIQUE EN DROIT PRIVE POSITIF*, t. III, Sirey, Paris, 1921, 100-103).

¹⁹⁸⁶ Tel est par exemple l'argument selon lequel la Commission est « *a public body exercising a public function* » (J.-M. JOSHUA, *The Powers of the Commission: Efficiency and Swiftness in Investigate Procedures*, in *DROITS DE LA DEFENSE ET DROITS DE LA COMMISSION DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1994, 9).

¹⁹⁸⁷ Dans le souci de développer les formes procédurales, il y a aussi le souci de toute bureaucratie d'accroître sa domination, par la complexité des procédures mises en place (P. RICCEUR, *L'IDEOLOGIE ET L'UTOPIE*, Seuil, Paris, 1997, 272 et ss.), mais il y a aussi l'intérêt des praticiens du droit d'étendre le « marché du droit » (dans le cadre du droit européen de la concurrence, v. Y. DEZALAY, *MARCHANDS DE DROIT. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992).

684. Intéressée¹⁹⁸⁸, l'opposition n'en est pas moins vive sur le plan des principes. On distingue ainsi deux approches générales. La première se ramène essentiellement à la question suivante: « si je me trouve croupir en prison, totalement innocent, cependant jugé et condamné pour un crime que je n'ai pas commis, comment le fait que toutes les garanties procédurales m'ont été octroyées au cours du jugement peut-il faire une différence ? »¹⁹⁸⁹. Ce qui fait une différence, c'est que le respect de droits procéduraux assure mon existence en tant que "personne", « être d'une valeur autonome inaliénable, destiné à un libre développement, appelé à participer d'une façon responsable à l'organisation de la vie dans la communauté humaine ». Ces droits trouvent leur source dans le respect de la personne humaine, car ils existent pour chaque homme « précisément parce que c'est un homme »¹⁹⁹⁰. Dans le fait même de suivre une procédure, il y a une « valeur morale »¹⁹⁹¹. On voit par quels liens cette conception peut se rattacher à une théorie du droit naturel¹⁹⁹². La procédure assure la prise en considération impartiale du point de vue de l'intéressé, avant de servir la réalisation de droits substantiels ou d'intérêts objectifs. De là découlent la fonction et la nature juridique de ces droits. Qualifiés de « droits fondamentaux de la personne »¹⁹⁹³ ou encore de « droits subjectifs naturels »¹⁹⁹⁴, leur but est de garantir la dignité morale de la personne en cause, et, plus largement, la paix sociale¹⁹⁹⁵. Leur gardien naturel est le juge, parce qu'il assure la reconnaissance des personnes présentes¹⁹⁹⁶. En cas de violation de ces

¹⁹⁸⁸ Sur la réduction du droit à des « armes symboliques dans les luttes d'intérêt », P. BOURDIEU, *MEDITATIONS PASCALIENNES*, Seuil, Paris, 1997, 155; du même auteur, *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, 1986, n° 64, 3-19.

¹⁹⁸⁹ D. RESNICK, *Due Process and Procedural Justice*, in *DUE PROCESS*, J. Roland Pennock & J.W. Chapman (eds.), Nomos XVIII, New York University Press, New York, 1977, 207.

¹⁹⁹⁰ J. RIVERO, *LES LIBERTES PUBLIQUES*, PUF, Paris, 1973, 17.

¹⁹⁹¹ R. DWORKIN, *Principle, policy, procedure*, in *CRIME, PROOF AND PUNISHMENT. Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, London, 1981, 193-225; R.S. SUMMERS, *Evaluating and Improving Processes — A Plea for "Process Values"*, Cornell Law Review, 1974, 1-52.

¹⁹⁹² Le droit processuel français semble se rattacher, sous la forte influence de H. Motulsky, à une telle conception (P. MORVAN, *LE PRINCIPE DE DROIT PRIVE*, LGDJ, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 1999, 121-123). Aux Etats-Unis, J.L. MASHAW, *DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE*, Yale University Press, New Haven, London, 1985, qui construit sur cette base un « Model of Dignitary Values ». En Europe, les droits de la défense sont apparus, dans la seconde moitié du XIII^{ème} siècle, grâce aux juristes soutenant que l'*ordo iudicarius* (la technique du procès romain) ne dérivait pas du droit civil, mais du droit naturel ou du droit des nationaux: ainsi devaient-ils s'imposer aux princes et aux papes (K. PENNINGTON, *THE PRINCE AND THE LAW, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, Berkeley, 1993, 148 et ss.; également, B. TIERNEY, *Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts, 1150-1250*, History of Political Thought, 1989, 615-646).

¹⁹⁹³ L. GOFFIN, *La jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense*, CDE, 1980, 126-144.

¹⁹⁹⁴ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *MELANGES PAUL ROUBIER*, t. II, Librairies Dalloz & Sirey, Paris 1961, 175-200.

¹⁹⁹⁵ Selon P. RICOEUR, le jugement ne vise pas seulement la sécurité des parties mais l'instauration de la « paix sociale »: « la finalité de la paix sociale fait apparaître en filigrane quelque chose de plus profond qui touche la reconnaissance mutuelle; ne disons pas réconciliation; parlons encore moins d'amour et de pardon, qui ne sont plus des grandeurs juridiques, parlons plutôt de reconnaissance » (*LE JUSTE*, Ed. Esprit, Paris, 1995, 190).

¹⁹⁹⁶ « Je pense que l'acte de juger a atteint son but lorsque celui qui a, comme on dit, gagné son procès se sent encore capable de dire: mon adversaire, celui qui a perdu, demeure comme moi un sujet de droit; sa cause méritait d'être entendue; il avait des arguments plausibles et ceux-ci ont été entendus. Mais la reconnaissance ne serait complète que si la chose pouvait être dite par celui qui a perdu...; il devrait pouvoir déclarer que la sentence qui lui donne tort n'était pas un acte de violence mais de reconnaissance » (P. RICOEUR, *op. cit.*, 191).

droits par l'autorité publique, il ne peut être question que de la nullité absolue de la décision prise sur la base d'une telle procédure.

685. Dans l'autre conception, les parties à la procédure ne sont plus considérées comme des personnes, mais comme des "agents rationnels" motivés par un intérêt propre¹⁹⁹⁷. La procédure vise avant tout la détermination exacte des faits, le résultat correct¹⁹⁹⁸. La fin première de la procédure doit être la « rectitude de la décision »¹⁹⁹⁹. Les droits procéduraux sont secondaires; ils sont destinés à éclairer celui qui a la charge de prendre la décision. De la sorte, ils sont indissociables d'obligations²⁰⁰⁰. D'où leur valeur contingente. Leur attribution dépend du résultat d'une analyse coûts/avantages: des droits procéduraux ne seront accordés et protégés que dans la mesure où le coût qu'ils imposent à la procédure de décision (en termes de temps, d'argent, etc.) n'est pas supérieur au surcroît de qualité qu'ils sont susceptibles d'apporter à la décision qui sera finalement prise²⁰⁰¹. La protection procédurale est considérée comme une simple maxime de *prudence* qui permet à l'administration de profiter d'une expertise et d'une légitimation extérieures²⁰⁰². De ce fait, leur violation n'entraînera la nullité de la décision que si cette décision se révèle, sur la base d'objectifs donnés, matériellement incorrecte.

2. L'économie de la procédure

686. En droit communautaire, on a vu que les solutions des problèmes procéduraux peuvent diverger: on peut dire qu'elles divergent précisément en fonction de ces principes. Telle est l'expression d'un « conflit des logiques »²⁰⁰³. *Tout l'effort de la jurisprudence communautaire*

¹⁹⁹⁷ T.R. KEARNS, *On De-Moralizing Due Process*, in *DUE PROCESS*, J. Roland Pennock & J.W. Chapman (eds.), Nomos XVIII, New York University Press, New York, 1977, 229-254.

¹⁹⁹⁸ G. TULLOCK, *TRIALS ON TRIAL. The Pure Theory of Legal Procedure*, Columbia University Press, New York, 1980. L'auteur écrit ainsi: « *In my case, I am not very much interested in "fairness" if that word is defined as "in accord with certain ancient customs". The objectives at which I think legal procedure should aim are accuracy and low cost* » (5).

¹⁹⁹⁹ L'expression est de J. Bentham (« *rectitude of decision* »).

²⁰⁰⁰ C.D. EHLMANN, *The European Administration and the Public Administration of Member States with regard to Competition Law*, ECLR, 1995, 454-460.

²⁰⁰¹ Cette approche fonctionnelle a fait l'objet d'une exploitation significative de la part de la « théorie économique du droit » (*Law and Economics*). Celle-ci soutient que les règles juridiques dans des domaines aussi disparates que le contrat, la responsabilité, la propriété et même la procédure, répondent au but économique de rendre les allocations de ressources plus efficaces (R.A. POSNER, *The behavior of administrative agencies*, *Journal of Legal Studies*, 1972, n° 1, 305 et ss.; du même auteur, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, *Journal of Legal Studies*, 1973, 399-458). Selon cette perspective utilitariste, la règle juridique et procédurale est appréhendée en termes de coûts d'opportunité: son respect est d'abord fonction des contraintes qu'elles imposent à l'opérateur économique concerné et du système de surveillance (administratif, juridique) qui est susceptible d'en sanctionner la violation.

²⁰⁰² On comprend que les institutions communautaires préféreront se fonder sur le principe objectif de « *bonne administration* » dans la procédure: ainsi par exemple, dans l'affaire *Nölle/Commission*, le Conseil soutient que « l'obligation pour les institutions communautaires de respecter les principes généraux de bonne administration ne vise pas, en l'espèce à protéger les intérêts de la requérante mais ceux de la collectivité. Il ajoute le fait que la violation de ce principe puisse aboutir à l'annulation d'un acte ne signifie pas que ces principes aient pour objet la protection des particuliers (pt 61, [1995] II-2614). Pareil principe se rattache à l'idée de « moralité administrative », laquelle a une longue histoire dans la tradition européenne du droit de l'administration.

²⁰⁰³ Sur la théorie du conflit des logiques, instrument d'analyse juridique et explication sociologique du droit du travail, A. SUPLOT, *LE JUGE ET LE DROIT DU TRAVAIL*, Thèse Droit, Bordeaux I, 1979, not. 382 et ss.

peut se comprendre comme la recherche d'un équilibre entre ces deux logiques antagonistes. A l'encontre d'une l'approche trop objective, le juge affirme que « le respect des droits de la défense ne saurait se heurter à des difficultés techniques et juridiques qu'une administration efficiente peut et doit surmonter »²⁰⁰⁴. Il affirme surtout son rejet de tout paternalisme, qui reviendrait à sacrifier des droits individuels au nom de la bonne foi et de la bonne volonté de l'autorité publique²⁰⁰⁵. A l'encontre d'une approche trop subjective, le juge accepte de subordonner le principe des droits de la défense à « la réserve générale qu'il doit être compatible avec les exigences d'une administration efficace »²⁰⁰⁶. Cette réserve se manifeste par un attachement à la « théorie de l'enquête » et aux règles de preuve, auxquelles il a tendance à soumettre, en certains cas, les règles formelles et procédurales²⁰⁰⁷. Dans cette perspective, la procédure consiste à « éclaircir la situation de fait et de permettre, à travers la discussion entre les entreprises et la Commission, un approfondissement des faits, qui constitue aussi la base nécessaire pour l'éventuel contrôle de la Cour »²⁰⁰⁸.

687. Il en résulte une véritable *économie de la procédure*, si par *économie* l'on entend « l'art de la flexibilité éclairée », la bonne gestion de termes et de fins multiples et contradictoires²⁰⁰⁹. De là vient la coexistence, au sein de la jurisprudence communautaire, de théories juridiques parfois contradictoires: les différentes *natures* de la procédure, la distinction des *droits de la défense* et des *droits procéduraux* ou les conceptions *fonctionnelles* de la sanction juridictionnelle²⁰¹⁰. Le sens général de ces théories est toujours le même, cependant: c'est de préserver non pas seulement l'efficacité des décisions administratives, mais la *sécurité* juridique des personnes concernées. La sécurité n'est plus dans les dispositions générales du droit

²⁰⁰⁴ TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA/Commission*, T-30/91, II-1819, pt 102. Ainsi Jean RIVERO peut railler « les docteurs de l'efficience [qui] oublient trop souvent qu'il n'est pas d'efficience dans le chaos, et que le chaos commence là où, la règle de droit venant à manquer, chacun se laisse guider par les impulsions dangereuses à son génie créateur » (*L'Etat moderne peut-il être encore un Etat de droit?*, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1957, 65).

²⁰⁰⁵ Voy. par ex. *supra* § 494. « Prendre les droits au sérieux », c'est refuser l'abaissement des standards de protection au nom de la bonne foi, de la compétence, ou du bien-être collectif revendiqués par les autorités publiques. Une théorie des droits conséquente doit soutenir que les droits individuels prévalent contre des décisions justifiées collectivement. Telle est la position de R. DWORKIN. Dès lors, « il est ridicule, dans une société dont la justification générale d'arrière-plan est utilitariste, de dire que quelqu'un a un droit qui se limite juste au niveau de bien-être recommandé par cette justification d'arrière-plan. C'est stupide parce que ce droit supposé ne fonctionne que pour confirmer la justification collective, et non pour prévaloir sur celle-ci » (*PRENDRE LES DROITS AU SERIEUX*, trad. de l'anglais par M.-J. Rossignol & F. Lemaire, PUF, Paris, 1995, 509). Sur l'idée du paternalisme en droit, J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, in *RIGHTS, JUSTICE AND THE BOUNDS OF LIBERTY*, Princeton University Press, Princeton, 1980, not. 110-129.

²⁰⁰⁶ Conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *NTN/Conseil* (aff. 133/77), [1979] Rec. 1262.

²⁰⁰⁷ Sur la tendance à l'hégémonie des règles de la preuve sur les règles de la procédure, A. GIULIANI, *IL CONCETTO DI PROVA. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè Editore, Milan, 1971, not. 237 et ss. (« sur le positivisme de Bentham »).

²⁰⁰⁸ A. TRABUCCHI, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria della concorrenza*, Rivista di diritto civile, 1973, I, 506.

²⁰⁰⁹ Sur cette définition de « l'économie », M.-J. MONDZAIN, *IMAGE, ICONE, ECONOMIE. Les sources byzantines de l'imaginaire contemporain*, Seuil, Paris, 1996, 29.

²⁰¹⁰ Sur l'idée de sélection et de sédimentations de théories juridiques diverses au sein du même ordre juridique. C. ATIAS, *THEORIE CONTRE ARBITRAIRE*, PUF, Paris, 1987.

formel²⁰¹¹. Elle ne se trouve pas non plus dans l'égalité et la justice du droit social²⁰¹². En droit économique, elle est dans la procédure. Face à l'action publique incertaine, elle confère aux parties et aux tiers la sécurité d'être entendus soit par l'administration, soit, en dernier recours, par le juge. *La sécurité par la procédure*, c'est ainsi qu'on peut caractériser « l'Etat de droit économique »²⁰¹³.

688. Une telle formule suggère de reconsidérer le fondement des droits procéduraux en droit communautaire. Pour rendre compte de la progression et de l'adaptation de ces droits, le principe des droits de la défense ne convient plus. Afin d'unifier et d'actualiser les solutions jurisprudentielles, il serait loisible de consacrer un principe commun de protection capable d'assurer les nouveaux équilibres. La notion du *contradictoire* peut convenir²⁰¹⁴. Elle conserve une fonction traditionnelle de protection de la personne intéressée, mais elle possède également « un fondement rationnel et non un unique fondement protecteur », qui consiste à éclairer l'organe de décision et de contrôle²⁰¹⁵. Il existe un « lien naturel entre inquisitoire et contradictoire dans la recherche de la vérité et de la solution »²⁰¹⁶, « une alliance de raison entre le contradictoire et l'action administrative »²⁰¹⁷.

²⁰¹¹ Traditionnellement, « le seul fait que l'administration, dans ses décisions particulières, est liée, sur certains points tout au moins, par une disposition générale, quelle qu'en soit la nature et quel qu'en soit l'auteur, apporte à l'administré un élément de sécurité » (J. RIVERO, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, PAGES DE DOCTRINE, LGDJ, Paris, 1980, Vol. I, 564). Cette conception de la sécurité est fortement liée à celle de la *sûreté personnelle* (voir L. DUGUIT, *TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL*, t. III, Sirey, Paris, 1930, 713; J. CARBONNIER, *FLEXIBLE DROIT. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 7ème éd., 1992, 172-175).

²⁰¹² Sur la conception « sociale » de la sécurité juridique, G. RADBRUCH, *La sécurité en droit d'après la théorie anglaise*, APD, 1936, n° 3-4, 86, 99.

²⁰¹³ Sur cette notion, H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE, *op. cit.*, 271 et ss.; en ce sens, déjà, G. FARJAT, *DROIT ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1982. L'auteur écrit ainsi que « la procédure est la dernière des garanties » (741).

²⁰¹⁴ Ce principe est parfois pris en compte par la jurisprudence, mais il a fait jusqu'à présent l'objet d'une application réduite. Il est vrai qu'il est possède une valeur symbolique moins forte que le principe des droits de la défense, conçu comme une contrepartie du droit de punir (F. SCHOCKEWEILER, *Fondement du droit de punir. Réflexions sur l'évolution des conceptions*, Revue de droit pénal et de criminologie, 1982, 476). Néanmoins, il rend mieux compte de l'équilibre entre efficacité et protection qui prévaut dans tous les domaines du droit administratif communautaire. Reste à considérer les problèmes de traduction. Dans l'ordonnance du Tribunal du 19 juin 1996, le « caractère contradictoire de la procédure » est traduit en anglais par la locution latine « *the principle audi alteram partem* » (TPICE, Ordonnance du 19 juin 1996, *NMH Stahlwerke e.a./Commission*, T-134 à 138/94, T-141/94, T-145/94, T-147 et 148/94, T-151/94, T-156 et 157/94, II-572).

²⁰¹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *Vers le droit économique processuel*, Justices, 1995, n°1, 105. Si ce second fondement apparaît fondamental en droit administratif économique, il existe aussi en droit pénal (M.-A. FRISON-ROCHE, *Les droits de la défense en matière pénale*, in *DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX*, M. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (dir.), Dalloz, Paris, 3ème éd., 1997). Ainsi peut-on appeler à un dépassement de la distinction accusatoire-inquisitoire (J.-P. BRUN, *La procédure pénale: dépasser le dilemme accusatoire-inquisitoire*, RRJ, 1992, 339-342). Le terme de ce mouvement, qui correspond à la constitution d'un modèle européen de procès pénal, se trouve bien dans « le contradictoire » (M. DELMAS-MARTY, *La preuve pénale*, Droits n° 23, 1996, 53-65).

²⁰¹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *GENERALITES SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE (Droit processuel)*, Thèse Droit, Paris II, 1988, 257.

²⁰¹⁷ Comp. H. ZEGHIB, *Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse*, RDP, 1998, 467-503.

689. Par là, cependant, toutes les incertitudes ne sont pas taries. L'arrêt *Sytraval* du Tribunal fournit l'exemple d'une remise en cause profonde de l'équilibre jurisprudentiel. A travers cette jurisprudence, c'est le sens même de cet équilibre qu'il faut interroger. L'étude des procédures de la régulation sociale ne nous éloigne pas de cette interrogation. La notion du contradictoire nous conduit vers ces procédures.

DEUXIEME PARTIE

L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE LEGITIMITE PROCEDURALE DANS LA REGULATION ECONOMIQUE ET SOCIALE

690. La question principale à laquelle le droit de la régulation économique avait à répondre était la suivante: comment assurer la *protection* des individus concernés sans mettre en péril l'*efficacité* de l'action administrative? Voici comment la question va se poser au sein de la régulation sociale: comment organiser la *coordination* de toutes les personnes intéressées sans mettre en danger la *flexibilité* qui se trouve à la base du système administratif? Cette différence de formulation traduit un changement de période. Le contexte de l'intégration européenne a changé. Mais il témoigne surtout d'une transformation profonde et générale des buts, des procédures et des institutions administratives dans la Communauté.

691. Les différents niveaux de la régulation ne sont nullement séparés. La pression de la politique de concurrence est l'un des mécanismes qui va pousser à l'innovation en matière sociale²⁰¹⁸. En retour, les politiques de la régulation sociale influencent d'une manière décisive la conduite de l'action publique. L'efficacité de l'action publique passe toujours par les procédures administratives. Mais, de la régulation économique à la régulation sociale, ce qui tombe, c'est la référence au modèle de protection judiciaire. Désormais, il faut privilégier l'ouverture, l'association et la coordination. Les tensions dans la procédure n'en ont pas pour autant disparu. Au contraire, affranchies du cadre judiciaire, elles sont en quelque sorte mises à nu. Le but de ces analyses n'est pas de résoudre toutes les tensions. Au-delà d'une « économie de la procédure », il faut essayer de comprendre le rôle des procédures dans l'équilibre des institutions. Les procédures ont un enjeu « politique » voire civique. La dernière partie de l'étude nous conduira ainsi de la procédure au « *bon gouvernement* » (Titre III). Mais deux étapes nous seront utiles avant d'en arriver là: l'analyse de *l'essor des politiques régulatrices* (Titre I), l'étude minutieuse de *l'ouverture du processus de décision* (Titre II).

²⁰¹⁸ Ainsi, en matière de politique de l'environnement, N. DE SADELEER, *LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES DECHETS*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 1995, 167 et ss.; également Commission des C.E., *XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence* (1993), § 164, 100.

Titre I

L'ESSOR DES POLITIQUES REGULATORIQUES

692. A partir des années quatre-vingt et de la signature de l'Acte unique, la politique de la concurrence devient le moteur de la réalisation du marché commun²⁰¹⁹. L'introduction de nouvelles compétences communautaires entraîne le renforcement des instruments de contrôle économique. Le champ et la capacité d'intervention de la Commission en sont considérablement accrus. Au même moment naît la régulation sociale. Elle bénéficie également de la dynamique créée par le programme de réalisation du marché unique européen²⁰²⁰. On pouvait craindre que le programme de 1992 ne fût lié à un projet de dérégulation²⁰²¹, dont la conséquence eût été l'élimination des législations nationales les plus protectrices. Il n'en fut rien. Loin de conduire au « *dumping social* », l'objectif du marché unique crée au contraire les conditions d'une « *innovation sociale* »²⁰²². Si surprenant que cela puisse paraître de prime abord, c'est à une « re-régulation » qu'il aboutit²⁰²³. Dès lors, il ne faut pas s'étonner que cette régulation prenne une forme tout à fait nouvelle: la *régulation sociale* pose des limites à l'intégration économique, tout en y participant (I); elle est à l'origine d'*innovations institutionnelles*, qui s'intègrent à l'équilibre institutionnel défini par le traité (II); elle donne aux *procédures* une grande importance, mais accorde au formalisme procédural une place ambiguë (III).

²⁰¹⁹ En ce sens, M. CINL, *La Commission européenne: lieu d'émergence de cultures administratives. L'exemple de la DG IV et de la DG XI*, RFSP, 1996, 457-472.

²⁰²⁰ Voy. par ex. W. STREECK & P.C. SCHMITTER, *From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market*, Politics and Society, 1991, n° 2, 133-164.

²⁰²¹ Cf. A. MCGEE & S. WAETHERILL, *The Evolution of the Single Market — Harmonisation or Liberalisation*, MLR, 1990, 578-596.

²⁰²² C'est V. EICHENER qui a le mieux éclairé ce point (*Social Dumping or Innovative Regulation? Processes and Outcomes of European Decision-Making in the Sector of Health and Safety at Work Harmonization*, EUI, WP SPS, Florence, 92/28, 1992).

²⁰²³ Cf. G. MAJONE (ed.), *DEREGULATION OR RE-REGULATION? Regulatory Reform in Europe and The United States*, Pinter, London, 1990.

LA NATURE DE LA REGULATION SOCIALE

693. Essentiellement la régulation sociale est la régulation des risques (I). L'émergence de la régulation sociale communautaire au sein du marché unique européen est donnée dans un contexte improbable, dont les facteurs sont multiples et complexes (II). Elle a peu à peu acquis une cohérence, autour de deux principes fondamentaux (III).

SECTION I. LA REGULATION DU RISQUE

694. A la notion de *régulation sociale*, on peut préférer celle de la *régulation du risque*. Les deux expressions sont complémentaires. « Les risques sont les effets secondaires inévitables des activités sociales et des techniques modernes de production »²⁰²⁴; ils ne se réduisent pas à une évaluation de probabilités; ils sont le produit d'une construction sociale; ils engagent simultanément la conscience concrète d'un danger potentiel et une perception collective, véhiculée à travers l'opinion et les médias²⁰²⁵. Que la politique ne soit finalement qu'une longue histoire de gestion du risque, on peut le penser. Mais la perception sociale du risque s'est considérablement accrue ces dernières années, donnant lieu à une nouvelle forme de gestion politique: « La promotion des problématiques de l'environnement, depuis le début des années soixante-dix, a mis à l'agenda politique le traitement d'une nouvelle génération de risques technologiques, scientifiques, écologiques. Sans compter les problèmes de sécurité sanitaire et alimentaire, qui accompagnent l'évolution des technologies du vivant et rappellent à chacun que sa vie la plus privée, la plus quotidienne est exposée au risque. A considérer les choses sur la longue durée, on ne peut que constater un processus continu de colonisation de la politique par le risque. Et inversement »²⁰²⁶. Ce processus d'intégration du risque dans la politique comprend deux aspects qu'il faut bien distinguer. Le risque est d'abord l'objet de *politiques sectorielles*: telles sont les politiques sanitaire et écologique, qui forment le noyau dur de la régulation du risque. Mais le risque est aussi devenu un nouveau *mode de gouvernement*²⁰²⁷. Toute la difficulté est alors d'en déterminer les propriétés et les attributs. Comment définir le « gouvernement du

²⁰²⁴ R. DEHOUSSE & al., *EUROPE AFTER 1992. New Regulatory Strategies*, EUI, WP Law, Florence, 92/31, 1992, 13.

²⁰²⁵ U. BECK (entretien), *L'ère du risque*, Le Monde des Débats, n° 8, novembre 1999; du même auteur, *Le concept de société du risque*, Risques. Les Cahiers de l'assurance, 1997, n° 32, 81-94. Pour une étude plus générale, U. BECK, *RISK SOCIETY*, Sage, London, 1992. La notion est liée à des techniques de classification, d'origine scientifique et assurantielle: O. RENN, *Concepts of Risks: A Classification*, in *SOCIAL THEORIES OF RISK*, S. Krimsky & D. Golding (eds.), Praeger, Westport, London, 1992, 53-79; J.-P. GALLARD, *La typologie des risques*, Philosophie politique, n° 11, 2000, 17-56. Pour étude de la prise en considération du risque par le droit, R. BALDWIN, *Introduction — Risk: The Legal Contribution*, in *LAW AND UNCERTAINTY. RISKS AND LEGAL PROCESSES*, R. Baldwin (ed.), Kluwer Law International, London, 1997, 1-18.

²⁰²⁶ F. EWALD & D. KESSLER, *Les noces du risque et de la politique*, Le Débat, n° 109, mars-avril 2000, 69.

²⁰²⁷ Ibid., 55-72.

risque »? On comprend que la question soit essentielle pour le système communautaire, qui se trouve au cœur de ces transformations.

§ I. LE GOUVERNEMENT DU RISQUE

695. Grâce aux travaux d'économistes et de politologues, la compréhension de ces nouvelles politiques publiques a progressé, depuis quelques années, d'une manière décisive. Robert Salais part d'une transformation qui affecte toutes les conditions de l'action collective dans une économie marquée par la complexité et la diversité. Toute action de ce type étant soumise à l'incertitude, elle est constamment menacée de défaillances par rapport au résultat attendu. Le problème classique en économie et en sociologie de l'incompatibilité entre la rationalité de l'acteur individuel et l'obtention d'un bien collectif devient ainsi essentiellement un problème de *coordination*. Dans des sociétés et des économies complexes, le caractère public d'une action ne procède pas d'une définition extérieure et *a priori*; mais « ce qui rend l'action "publique" est justement d'être attendue par chacun comme traitant d'une défaillance de coordination communément identifiée »²⁰²⁸. L'Etat ne se distingue ainsi des autres institutions (économiques, sociales) que par une proposition de coordination réussie²⁰²⁹. De la sorte, « l'idée est que l'Etat, fondamentalement, n'agit pas par lui-même »²⁰³⁰; bien plutôt, il « se voit assigner par tous, y compris par ceux qui le représentent ou agissent en son nom, à la tâche de traiter les défaillances de coordination par rapport au bien commun visé »²⁰³¹.

696. Une telle perspective condamne à la fois l'Etat interventionniste et l'Etat minimal. Le premier, voulant agir de l'extérieur de la société civile, est incapable de répondre aux attentes de coordination sociale. Le second est aveugle au fait que, pour permettre aux coordinations marchandes de se développer librement, l'Etat doit déployer de grands moyens d'intervention. L'utilité de l'Etat est le produit d'attentes multiples, mutuelles et convergentes. Il trouve là le moyen de surmonter « l'incertitude radicale [qui pèse constamment] sur le devenir de l'action collective »²⁰³². Il est remarquable que cette définition rejoint l'idée de « *regulation* », développée aux Etats-Unis pour définir une forme de « contrôle soutenu et attentif exercé par une autorité publique sur des activités dotées d'une certaine valeur sociale »²⁰³³.

²⁰²⁸ R. SALAIS, *Action publique et conventions: état des lieux*, in *LES METAMORPHOSES DE LA REGULATION POLITIQUE*, J. Commaille & B. Jobert (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 59.

²⁰²⁹ Cf. M. STORPER & R. SALAIS, *WORLDS OF PRODUCTION. The Action Framework of the Economy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1997, 208 et ss.

²⁰³⁰ R. SALAIS, *op. cit.*, 62.

²⁰³¹ *Ibid.*, 61.

²⁰³² *Ibid.*, 62.

²⁰³³ Ce concept élaboré par P. SELZNICK (*Focusing Organizational Research on Regulation*, in *REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES*, R.G. Noll (ed.), University of California Press, Berkeley, 1985, 363) fut consacré dans le champ scientifique américain grâce à l'article de R.G. NOLL, *What is Regulation?*, Social Science WP n° 324, California Institute of Technology, Pasadena, 1980; du même auteur, *Government Regulatory Behaviour*, in *REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCE*, R.G. Noll (ed.), University of California Press, Berkeley, 3-63.

697. Selon R. Salais, cette définition permet d'élaborer une typologie nouvelle des modes d'intervention de l'Etat: « La question de l'Etat ne réside pas dans la réactivation des oppositions du centre et de la périphérie, du global et du local, du public et du privé, dans une autonomisation de la société civile contre l'Etat. Elle ne réside pas dans la recherche d'une meilleure gouvernance de l'opportunisme individuel ou du corporatisme collectif. Il faut plutôt élucider la nature, diverse, de la présence de l'Etat dans les coordinations économiques et sociales »²⁰³⁴. Ce qui importe, c'est qu'une action publique ne peut plus être envisagée sans que soient également reconnus l'autonomie des institutions et des acteurs économiques et sociaux concernés. L'analyse politique s'appuie ici sur le modèle économique de « l'innovation ». Ce modèle, correspondant à des unités de petite taille, flexibles et décentralisées, suppose en effet une coordination et une « mise en valeur des ressources cognitives, matérielles et financières mobilisables par chacun dans la perspective d'une réussite de l'innovation »²⁰³⁵. D'une façon analogue doivent être conçues les politiques publiques.

698. Ces constatations imposent de corriger quelque peu les tentatives classiques du droit pour poser le problème de l'Etat et du droit dans l'ordre économique et social²⁰³⁶. De cette réflexion générale, on peut sans doute tirer des conclusions d'une grande portée si on l'entreprend de façon méthodique dans le cadre communautaire.

§ II. « L'ETAT REGULATEUR »

699. Giandomenico Majone s'est déjà donné une tâche de ce genre. Cet auteur part d'une définition de la régulation au premier abord surprenante. Ce qui distingue ce mode d'action publique « réside dans l'influence limitée des contraintes budgétaires »²⁰³⁷. Tandis que, en général, « les programmes de dépenses publiques dépendent étroitement des processus budgétaires et, en dernier ressort, du niveau de la pression fiscale », les programmes de la *régulation sociale* sont supportés « directement par les individus et les firmes concernés ». L'un des problèmes fondamentaux de la Communauté est la faible ratio de personnel et de moyens par rapport aux actions et aux régimes à gérer, si on le compare aux structures de gestion similaires des Etats membres²⁰³⁸. L'émergence des politiques européennes en matière de protection de l'environnement, de protection de la santé et des consommateurs doit autant au désir de la Commission de renforcer son influence et ses compétences qu'à l'intérêt de puissants opérateurs

²⁰³⁴ Ibid., 80.

²⁰³⁵ Ibid., 76.

²⁰³⁶ Cf. B. JOBERT, *Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique*, in *LA JURIDICISATION DU POLITIQUE. Leçons scientifiques*, J. Commaille, L. Dumoulin & C. Robert (dir.), LGDJ, Paris, 2000, 125-164.

²⁰³⁷ G. MAJONE, *Communauté Economique Européenne: Déréglementation ou re-réglementation? La conduite des politiques publiques depuis l'Acte unique*, in *LE TOURNANT NEO-LIBERAL EN EUROPE*, B. Jobert (dir.), L'Harmattan, Paris, 1994, 248 (233-269).

²⁰³⁸ En ce sens, Document de discussion de la Commission, *La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat*, COM(2000) 11 final. Sur le budget communautaire en général, N.J. BREHON, *LE BUDGET DE L'EUROPE*, LGDJ, Paris, 1997.

économiques de disposer de réglementations communes dans un marché unifié²⁰³⁹. Reste que, au niveau communautaire, l'appui des Etats membres est indispensable. Force est de constater que les Etats membres furent « désireux de déléguer à la Commission d'importants pouvoirs de régulation »²⁰⁴⁰. Nous allons voir que l'instauration de multiples structures de coordination permit de les associer à l'ensemble du processus de décision.

700. Favorable à l'émergence et à la croissance de la régulation sociale, il est clair qu'un tel contexte interdisait à une véritable politique sociale de se développer²⁰⁴¹. La régulation sociale se distingue de la politique sociale en ce qu'elle vise l'amélioration de la *qualité* de vie plutôt que l'*égalité* matérielle des citoyens. G. Majone contraste dans ce sens « l'infaisabilité d'un Etat-Providence européen » et « l'élargissement et la croissance de la régulation sociale »²⁰⁴². Dès lors, la Communauté peut être présentée comme un « Etat régulateur ». Mais loin d'un nouvel Etat prenant en charge des politiques de redistribution sociale, la Communauté s'érige en responsable d'une fonction de correction de « déficiences du marché telles que les externalités négatives et les déficiences en matière d'information »²⁰⁴³. Il existe en effet deux sortes de raisons générales susceptibles de provoquer l'action publique dans les domaines de la santé, de la sécurité, de l'environnement et des consommateurs: soit les individus manquent de l'information nécessaire sur la qualité des produits ou des services offerts sur le marché, ou bien il arrive que les activités de production ont des effets perturbateurs sur la collectivité sociale dans son ensemble²⁰⁴⁴.

SECTION II. L'EMERGENCE DE LA REGULATION SOCIALE AU SEIN DU MARCHE COMMUN

701. Attaché à construire une théorie de la régulation pour l'Europe, G. Majone s'est pour l'essentiel contenté de transposer le modèle américain d'une dynamique régulatoire, aboutissant à la création d'agences indépendantes au niveau fédéral. Or, pour comprendre ce développement, il faut, au préalable, régler le problème du fondement et de l'attribution de ces nouvelles

²⁰³⁹ En ce sens par exemple, L. CRAM, *The European Commission as a multi-organization: social policy and IT policy in the EU*, JEPP, 1994, 195-217.

²⁰⁴⁰ La notion de délégation est employée par G. Majone dans le sens que cette notion revêt en science politique: on sait d'ailleurs que la délégation est juridiquement un concept peu pertinent pour analyser les relations des Etats à la Communauté (Y. GAUTIER, *LA DELEGATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1995); en revanche, il décrit bien la dynamique qui a permis aux Etats d'attribuer ces compétences à la Communauté (G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 64-69).

²⁰⁴¹ Sur les conditions de l'émergence d'une dimension sociale en Europe, L. HANTRAIS, *SOCIAL POLICY IN THE EUROPEAN UNION*, McMillan Press, London, 1995.

²⁰⁴² G. MAJONE, *The E.C. between Social Policy and Social Regulation*, EUI, WP, 92/27, 1992.

²⁰⁴³ G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 76. L'auteur ajoute que « la pollution de l'air et de l'eau sont des exemples privilégiés d'externalités, tandis qu'un certain nombre d'activités de régulation dans les domaines de sécurité et de la protection du consommateur sont motivées par une information imparfaite et par la conviction que le marché, par lui-même, fournit une information trop pauvre ». La perspective de G. Majone ne s'applique ainsi que dans le cadre limité de la Communauté européenne; elle ne prétend pas s'appliquer au cadre plus large de l'Union (en ce sens, G. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: The Question of Standards*, ELJ, 1998, 5-28).

²⁰⁴⁴ Voir, en général, A. OGUS, *REGULATION. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 4.

compétences. Cette question ne peut être réglée que dans le cadre communautaire où les problèmes se posent de manière spécifique. Pour caractériser la place de la régulation sociale dans la Communauté, R. Dehousse utilise la notion de « *double subsidiarité* » : « subsidiarité à l'égard de la principale raison d'être de la Communauté, c'est-à-dire l'intégration économique, subsidiarité à l'égard des politiques nationales dans ces domaines »²⁰⁴⁵. C'est bien dans cette double contrainte que la régulation sociale communautaire va se développer. D'une part, si l'action communautaire a pour cadre unique le marché commun, elle ne pourra opérer dans ces domaines que dans un nombre restreint de cas; elle interviendra pour supprimer les obstacles non tarifaires aux échanges. Mais, d'autre part, là même où elle peut agir, elle doit compter avec le poids des traditions économiques et réglementaires nationales²⁰⁴⁶. A supposer même que les Etats membres reconnaissent la nécessité de développer une politique de la régulation, elle devra reposer entièrement sur les moyens de mise en œuvre administratifs des Etats membres.

702. La naissance de politiques régulatrices, au sein du marché intérieur, demeure mystérieuse. Les documents nous manquent pour renouer le fil de cette histoire²⁰⁴⁷. Que l'essentiel de la construction européenne ait abouti à un accroissement considérable des compétences communautaires en ces matières, un examen même rapide des révisions successives du traité suffit à le montrer. Sans entrer dans le détail de cette évolution, il faut du moins distinguer trois phases dans la détermination des compétences en matière sanitaire et environnementale²⁰⁴⁸. Selon les domaines particuliers d'intervention, ces trois phases ont plus ou moins d'importance. De plus, elles ne se situent pas dans un ordre strictement chronologique, mais elles s'entrecroisent et se superposent, donnant un tableau hautement complexe à analyser. De la stratification de ces différentes phases est né le système actuel.

§ I. LA RECONNAISSANCE DE LA REGULATION SOCIALE

703. Le Traité de Rome n'avait envisagé les domaines de la protection sociale que sous une forme indirecte, soit comme un moyen soit comme un obstacle à l'intégration des marchés²⁰⁴⁹. Le principe veut que cette régulation relève de la compétence exclusive des Etats. Dans le cadre de l'intégration économique, le seul régime réglementaire envisageable est celui de l'harmonisation législative sur le fondement de l'article 100 CEE. Cette disposition vise « le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ». Cette méthode

²⁰⁴⁵ R. DEHOUSSE, *Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community*, JCMS. 1992, 388.

²⁰⁴⁶ En ce sens, C. JOERGES, *The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community in the Rebirth of the Regulatory Politics*, ELoP, Vol. 1, 1997, n° 19, not. 15-16.

²⁰⁴⁷ En ce sens, R. DEHOUSSE, *Regulation by networks in the European Community: the role of European agencies*, JEPP, 1997, 248.

²⁰⁴⁸ Cf. E. VOS, *INSTITUTIONAL FRAMEWORKS OF COMMUNITY HEALTH AND SAFETY REGULATION. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 1999; E. REHBINDER & R. STEWART, *Environmental Protection Policy*, in *INTEGRATION THROUGH LAW. Europe and The American Federal Experience*, M. Cappelletti, M. Secombe & J. Weiler (eds.), Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1986, Vol. 2.

²⁰⁴⁹ L. DUBOIS, *Préface*, in M. CASSAN, *L'EUROPE COMMUNAUTAIRE DE LA SANTE*, Economica, Paris, 1989.

suppose des compétences d'attribution limitées et des actions entreprises sous la forme de directives arrêtées par le Conseil. Il est bien clair, au terme de l'article 3 h), que l'harmonisation est un instrument au service du marché commun²⁰⁵⁰. A partir du Programme de 1969 en vue de l'élimination des obstacles techniques aux échanges, l'harmonisation est dominée par le principe d'une unification des mesures nationales entravant le commerce intra-communautaire²⁰⁵¹.

A. La naissance en marge du Marché commun

704. C'est donc de manière parallèle que, dans les années soixante-dix, une autre conception émerge, qui va prendre une importance croissante. Au Sommet de Paris de 1972, les chefs d'Etat et de gouvernement reconnaissent, en l'absence de toute disposition formelle dans le traité, une compétence implicite de la Communauté dans le domaine de l'environnement, de la politique sociale et de la protection des consommateurs²⁰⁵². Cette conception suppose une approche plus « dynamique » de l'art 100 et une utilisation intensive de l'art 235 CEE²⁰⁵³. Dès lors, l'action communautaire se développera sur ce double fondement, engendrant un contentieux dont l'enjeu est l'intervention du Parlement²⁰⁵⁴. Dans tous les cas, les mesures étaient prises à l'unanimité, « ce qui avait pour effet de freiner la mise en place d'une politique trop contraignante pour les Etats membres »²⁰⁵⁵.

705. Il apparut bientôt, cependant, que cette méthode d'harmonisation présentait de sérieuses difficultés. A présent bien connues, elles sont principalement de trois ordres²⁰⁵⁶. En premier lieu, le processus décisionnel demeurait exceptionnellement lent et laborieux. La préparation pouvait prendre parfois plus de dix ans. A cause de la règle de l'unanimité, il n'était pas rare que le vote fût retardé²⁰⁵⁷. En second lieu, ces instruments, proches d'une harmonisation totale²⁰⁵⁸, se révélaient par trop rigides, incapables par conséquent d'offrir des solutions alternatives aux

²⁰⁵⁰ Cf. C.D. EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, RMC, 1995, 220-227.

²⁰⁵¹ Résolution du Conseil du 28 mai 1969 établissant un programme en vue de l'élimination des entraves techniques aux échanges de produits industriels, résultant de disparités entre les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres, JOCE 1969, C 76/1.

²⁰⁵² Voir la Déclaration des Chefs d'Etat ou de gouvernement des pays membres de la Communauté élargie (Commission des CE, *Rapport général sur l'activité des Communautés* (1972), 1973, 7-17).

²⁰⁵³ Cf. M. CASSAN, *L'EUROPE COMMUNAUTAIRE DE LA SANTE*, Economica, Paris, 1989, 75 et ss. L'ex-article 235 dispose: « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ».

²⁰⁵⁴ L'article 235 prévoyait en effet la consultation du Parlement, tandis que l'article 100 n'impliquait que le vote du Conseil.

²⁰⁵⁵ P. THIEFFRY, *DROIT-EUROPEEN DE L'ENVIRONNEMENT*, Dalloz, Paris, 1998, 20.

²⁰⁵⁶ Cf. R.H. LAUWAARS, *The 'Model Directive' on Technical Harmonisation*, in 1992: *ONE EUROPEAN MARKET? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, R. Bieber, R. Dehousse, J. Pinder, J.H.H. Weiler (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1988, 155.

²⁰⁵⁷ Cf. J. PELKMANS, *The New Approach to Technical Harmonization and Standardization*, JCMS, 1987, 249-269.

²⁰⁵⁸ Selon A. Mattera, « on est en présence d'une *harmonisation totale* lorsqu'une directive impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière... L'effet d'une telle méthode est de déssaisir les Etats membres de leurs compétences dans les secteurs spécifiquement réglementés au niveau communautaire » (*LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Ed. Jupiter, Paris, 2ème éd., 1990, 180).

autorités nationales et aux opérateurs économiques concernés²⁰⁵⁹. Enfin, la mise en œuvre et le contrôle de l'application du droit communautaire s'avéraient inefficaces: la multiplication de réglementations détaillées et complexes s'accompagna d'un nombre croissant de violations du droit communautaire²⁰⁶⁰.

B. L'évolution des méthodes d'harmonisation

706. Dans ces conditions, il apparaissait nécessaire d'adopter une nouvelle méthode d'harmonisation. On procéda par étapes²⁰⁶¹. En 1983 était adoptée la directive 83/189 instaurant une procédure d'information large et obligatoire pour toutes les réglementations et normes techniques élaborées par les autorités nationales. Elle se substituait à l'Accord de 1969, dont le champ d'application et la force juridique étaient limités. Ainsi informée, la Commission devenait capable de prévenir de nouvelles entraves techniques aux échanges.

707. A la suite du célèbre arrêt *Cassis de Dijon*, rendu par la Cour en 1979²⁰⁶², fut adopté le principe de la reconnaissance mutuelle. D'après la Communication interprétative de la Commission du 3 octobre 1980²⁰⁶³, ce principe « implique l'acceptation par chaque Etat membre des produits légalement ou loyalement fabriqués dans tout autre Etat membre, même si ces produits sont fabriqués selon des prescriptions techniques différentes de celles imposées par la réglementation nationale existante, dans la mesure où lesdits produits répondent de façon convenable et satisfaisante à l'objectif légitime visé »²⁰⁶⁴. Il offrait ainsi la possibilité d'adopter une nouvelle méthode d'harmonisation, limitée à l'élaboration des exigences essentielles. La Commission en fit la « nouvelle approche » officielle de la Communauté dans son Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur du 31 janvier 1985²⁰⁶⁵.

708. Enfin, l'adoption de l'Acte unique européen en février 1986 devait faciliter l'adoption de réglementations nouvelles par l'introduction du vote à la majorité qualifiée²⁰⁶⁶. Bien plus, tirant

²⁰⁵⁹ C. JOERGES, *The Market Without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics*, EoP, 1997, n° 19, 11.

²⁰⁶⁰ Sur ce point, H. SCHMITT VON SYDOW, *The Basic Strategies of the Commission's White Paper*, in in 1992: *ONE EUROPEAN MARKET? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, R. Bieber, R. Dehousse, J. Pinder, J.H.H. Weiler (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1988, 79-106.

²⁰⁶¹ Voir, en général, V. EICHENER, *op. cit.*, 22-23.

²⁰⁶² [1979] Rec. 649; v. A. MATTERA, *L'arrêt « Cassis de Dijon »: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur*, RMC, 1980, 505-514.

²⁰⁶³ Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (*Cassis de Dijon*), JOCE 1980, C 256/2.

²⁰⁶⁴ Cf. A. MATTERA, *Reconnaissance réciproque dans le cadre de l'article 30 du traité*, in *LA QUALITE DES DENREES ALIMENTAIRES DANS LE GRAND MARCHE DE 1993*, Commission des C.E., Bruxelles-Luxembourg, 1994, 63-71.

²⁰⁶⁵ Voir la Résolution du Conseil concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOCE 1985, C 136/1.

²⁰⁶⁶ L'article 100 A nouveau prévoyait ainsi la possibilité d'arrêter des mesures à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission après coopération avec le Parlement européen et consultation du Comité économique et social pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8 A, lequel se lit ainsi: « La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 (...). Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel

les conséquences de cette évolution et souhaitant aller plus loin, l'Acte unique réunissait les deux conceptions dans l'article 100 A § 3, en les coiffant d'une même périphrase: « approfondissement des politiques communes » et « poursuite d'objectifs nouveaux ». Cette disposition invite la Commission à prendre pour base des directives concernant la santé, la sécurité, la protection de l'environnement et la protection des consommateurs un « niveau de protection élevé ». Mais elle a un objet limité: c'est d'éviter la multiplication de clauses de sauvegarde dans le cadre du marché intérieur. Au contraire, la compétence propre de la Communauté en matière d'environnement, à laquelle est intégrée la santé, est introduite aux articles 130 R à 130 T du traité²⁰⁶⁷. Cette distinction est importante: alors qu'une mesure relevant de l'article 130 R devait être adoptée à l'unanimité, une réglementation fondée sur l'article 100 A requerrait le vote à la majorité qualifiée. Il s'ensuivit une augmentation du contentieux relatif au choix de la base juridique²⁰⁶⁸.

§ II. LA RECONNAISSANCE MUTUELLE

709. On comprend que la Communauté ne soit venue à la stratégie de la reconnaissance mutuelle et à la nouvelle approche que sur le tard. De toutes les méthodes d'harmonisation, celle-ci est en effet la plus éloignée de la nature « volontariste » de la construction initiale. Elle préconise une harmonisation limitée aux seules « exigences essentielles » et attribue à des organismes européens de normalisation la responsabilité de définir les « spécifications techniques » des normes à adopter²⁰⁶⁹. Ces organismes regroupent les instituts nationaux de normalisation²⁰⁷⁰. A l'harmonisation imposée, cette méthode substitue donc un processus spontané d'adaptation mutuelle, orienté par les mécanismes et les organisations de marché²⁰⁷¹. Mais bien loin de conduire à un phénomène général de « dérégulation »²⁰⁷², cette méthode aboutit

la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ».

²⁰⁶⁷ La protection de la santé n'est alors qu'une composante de la politique de l'environnement. Au terme de l'article 130 R, « L'action de la Communauté en matière d'environnement a pour objet: - de préserver, de protéger et d'améliorer la qualité de l'environnement; - de contribuer à la protection de la santé des consommateurs; - d'assurer une utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles ». L'article 130 S prévoit que le Conseil décide de l'action à entreprendre en ce domaine en statuant à l'unanimité; il définit ce qui relève des décisions à prendre à la majorité qualifiée.

²⁰⁶⁸ Cf. C.D. EHLERMANN, *The Internal Market Following the Single European Act*, CMLR, 1987, 361-409, not. 381-398. Sur les relations entre l'art. 100 A et les art. 130 R à 130 T, L. KRÄMER, *L'environnement et la Marché unique européen*, RMUE, 1993/1, 45-70. Sur ce contentieux en général, N. EMILIOU, *Opening Pandora's Box. The Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice*, ELR, 1994, 488-507.

²⁰⁶⁹ Cf. J. PELKMANS & A. VOLLEBERGH, *The Traditional Approach to Technical Harmonization: Accomplishments and Deficiencies*, in *COMING TO GRIPS WITH THE INTERNAL MARKET*, J. Pelkmans & M. Wanheukelen (eds.), Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1986, 9-30.

²⁰⁷⁰ Pour une description de l'organisation de ces organismes, E. VOS, *op. cit.*, 255 et ss.

²⁰⁷¹ Cf. D. WAELBROECK, *L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE*, CDE, 1988, 243-275; J.-C. MASCLÉ, *La normalisation européenne: bon serviteur, mauvais maître?*, in *L'ENTREPRISE DANS LE MARCHÉ UNIQUE EUROPEEN*, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, Paris, 1995, 385-401.

²⁰⁷² On pouvait légitimement se demander si l'économie de temps et de travail ainsi réalisée par la Communauté permettait de compenser les défauts de protection. A s'en tenir au principe de la méthode, il est clair que la logique de la reconnaissance mutuelle conduisait à un dilemme intenable: confronté à l'ouverture de leurs marchés, les Etats disposant de standards de protection les plus élevés avaient le choix soit de maintenir leur

à une certaine « dénationalisation » et à une « re-régulation » au niveau communautaire²⁰⁷³. Au lieu d'un repli, c'est un redéploiement de l'action communautaire autour de nouvelles formes de régulation qui se produira.

710. Entre la méthode de renvoi aux normes et la prise en compte de standards de protection sociale, le rapport est en effet évident. C'est que « la norme commune doit se limiter à quelques principes essentiels, qui sont ceux de la protection de la santé, de la sécurité, de la protection de l'environnement et de celle des consommateurs... L'harmonisation portera donc essentiellement sur ces questions qui coïncident — et ce n'est pas pur hasard — avec celles couvertes par l'article 36 (30 nouveau) et par les exigences impératives d'intérêt général dégagées par la Cour »²⁰⁷⁴. En ce sens, il y a bien une « dialectique de l'intégration marchande et de la régulation sociale »²⁰⁷⁵. L'ouverture des marchés nationaux à des produits nouveaux et l'introduction de la technique des standards engendrent de nouveaux risques. Elles provoquent ce qu'on a appelé un « *regulatory gap* ». D'où un appel à de nouvelles garanties en matière de santé et de sécurité des produits: « l'intégration marchande exige une politique européenne de santé positive et de nouveaux instruments d'action pour adapter les standards de santé et coordonner les réponses aux risques »²⁰⁷⁶.

711. Il reste vrai, toutefois, que la politique de protection de l'environnement s'intègre mal aux techniques de normalisation²⁰⁷⁷. C'est que, en matière de « *process regulation* », par opposition à la « *product regulation* », les préférences nationales sont variables et changeantes²⁰⁷⁸. L'harmonisation de standards de protection s'avère, de ce fait, plus difficile. Mais les mêmes difficultés se rencontrent dans certains domaines sensibles de la santé. La confiance mutuelle

législation, mais créant ainsi un phénomène de discrimination renversée, soit d'abaisser leur niveau de protection au détriment de qualité produits et environnement. Pareille crainte, toutefois, devait se révéler injustifiée. La Communauté n'a jamais eu pour seul but la liberté de circulation marchande.

²⁰⁷³ Cf. G. MAJONE, *Introduction*, in *DEREGULATION OR RE-REGULATION? Regulatory Reform in Europe and The United States*, Pinter, London, 1990, 1-6.

²⁰⁷⁴ L. DUBOIS & C. BLUMANN, *DROIT COMMUNAUTAIRE MATERIEL*, Montchrestien, Paris, 1999, 234.

²⁰⁷⁵ C. JOERGES, *The New Approach to Technical Harmonization and the Interests of Consumers: Reflections on the Requirements and Difficulties of a Europeanization of Product Safety Policy*, in 1992: *ONE EUROPEAN MARKET? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, R. Bieber, R. Dehousse, J. Pinder, J.H.H. Weiler (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1988, 178 (175-225).

²⁰⁷⁶ C. JOERGES, *Paradoxes of Deregulatory Strategies at Community Level: The Example of product Safety Policy*, in *DEREGULATION OR RE-REGULATION? Regulatory Reform in Europe and The United States*, Pinter, London, 1990, 193 (176-197). Dans le même sens, en matière d'environnement, E. REHBINDER & R. STEWART, *ENVIRONMENTAL PROTECTION POLICY*, in *INTEGRATION THROUGH LAW. Europe and the American Federal Experience*, vol. 2, M. Cappelletti, M. Secombe & J. Weiler (eds.), Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985, 330-331. Pour des exemples de normes techniques adoptées en matière environnementale et alimentaire, M. BELANGER, *LES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES ET LA SANTÉ*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1985, 62.

²⁰⁷⁷ Cf. J. REPUSSARD, *Les normes techniques au service de la construction européenne*, RMC, 1996, 222-227; J. FALKE, *Achievements and Unresolved Problems of European Standardization: The ingenuity of Practice and the Queries of Lawyers*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 187-224.

²⁰⁷⁸ Cf. F. SCHARPF, *A New Social Contract? Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, EUI, WP RSC, 96/44, Florence, 1996. Sur la distinction entre « *process regulation* » et « *product regulation* », E. REHBINDER & R. STEWART, *op. cit.*, 10-12.

manque ici pour mener des politiques communes²⁰⁷⁹. Si fort qu'ait été cet appel aux mécanismes de marché, il faut donc convenir que la « nouvelle approche » ne parvenait pas à remplir les objectifs sociaux de la Communauté. Même si elle intègre certaines préoccupations sociales, celle-ci reste en effet un instrument d'intégration marchande: elle ne saurait valoir comme technique unique de régulation²⁰⁸⁰.

§ III. L'ELARGISSEMENT DE LA PANOPLIE DES INSTRUMENTS

712. Pour développer les politiques régulatrices, une nouvelle impulsion politique était nécessaire. La Communauté disposait déjà grâce à l'Acte Unique européen d'une base juridique idoine en matière d'environnement. La santé ne bénéficiait que d'une protection indirecte²⁰⁸¹. Cette lacune sera comblée par le traité de Maastricht, insérant un titre X au traité CE relatif à la santé publique²⁰⁸². La politique de l'environnement sera consolidée, régie en principe par la procédure de coopération²⁰⁸³. A cet égard, le traité d'Amsterdam ajoute d'importants résultats. Il élargit le domaine de compétences de la Communauté dans le domaine de la santé publique²⁰⁸⁴. Les exigences de la protection de l'environnement sont renforcées, fondées sur le « principe de développement durable »²⁰⁸⁵, « intégrées » dans les autres politiques communautaires²⁰⁸⁶. L'objectif est de promouvoir « un niveau élevé de protection »²⁰⁸⁷. Finalement, la procédure de codécision devient la procédure de droit commun pour les mesures adoptées dans ce cadre²⁰⁸⁸. Au

²⁰⁷⁹ Sur l'importance de la confiance mutuelle en matière de régulation économique et sociale, G. MAJONE, *Mutual Recognition in Federal Type Systems*, EUI, WP SPS, 93/1, Florence, 1993.

²⁰⁸⁰ R. DEHOUSSE, *Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community*, JCMS, 1992, 393. Commentant le contenu du Livre blanc de la Commission sur le marché intérieur, H. SCHMITT VON SYDOW souligne le fait que « there are numerous other policies, such as regional, social, environmental, consumer, transport, research, competition, economic and monetary policies, which are closely linked to the internal market and the integration of economies: but they are touched by the White Paper only where they have a direct bearing on the abolition of physical and technical barriers. While progress on these policies becomes even more important because of the completion of the internal market, and indeed has been positively enhanced by the verve of the White Paper and the perspective of the great 'rendez-vous' of 1992, they must not constitute a precondition to completing the internal market. The White Paper mentions them only for the record refraining from offering any recipe » (*op. cit.*, 89).

²⁰⁸¹ Même si, en principe, le lien entre droit de l'environnement et droit de la santé est prouvé (P.-M. DUPUY, *Le droit à la santé et la protection de l'environnement*, in *LE DROIT DE LA SANTE EN TANT QUE DROIT DE L'HOMME*, R.-J. Dupuy (éd.), Académie de droit international de La Haye, Sijhoff & Noordhoff, La Haye, 1979, 340-427), en fait il est sûr que la « tendance à l'excroissance de l'Europe de l'environnement a pu infléchir d'autres politiques engagées par les Communautés européennes, dont, notamment, la politique de la santé (M. BELANGER, *op. cit.*, 68-69).

²⁰⁸² Au terme l'article 129 nouveau, « La Communauté contribue à assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine en encourageant la coopération entre les Etats membres et, si nécessaire, en appuyant leur action ». Auquel il faut ajouter, dans le même esprit de subsidiarité, un titre XI (art. 129 A) relatif à la protection des consommateurs.

²⁰⁸³ Cf. ex- art. 130 S.

²⁰⁸⁴ Art. 152 CE.

²⁰⁸⁵ Art. 2 UE.

²⁰⁸⁶ Art. 6 CE.

²⁰⁸⁷ Art. 2 CE. Voir, en général, S. BÄR & A.-G. MAZUREK, *Le droit européen de l'environnement à la lecture du traité d'Amsterdam: modifications et perspectives*, Revue juridique de l'environnement, 1999/3.

²⁰⁸⁸ Art. 152 CE; Art. 175 CE.

total, le traité d'Amsterdam marque un progrès certain des politiques de régulation sociale²⁰⁸⁹. Désormais, ces objectifs sont promus au rang "d'objectifs généraux" de la Communauté²⁰⁹⁰.

713. L'hypothèse d'une re-régulation au niveau communautaire devient ainsi plausible. Mais selon quelle méthode et avec quels instruments? On comprend qu'un retour à la méthode d'harmonisation initiale est impossible. Dans ce cadre, le principe de subsidiarité reste fondamental. Si le développement normatif de la Communauté doit se poursuivre, la qualité des processus normatifs doit changer. Car les normes communautaires, si elles sont incontournables, nécessitent désormais, sous peine d'inefficacité, de nouveaux modes d'élaboration et de contrôle. C'est ainsi que s'ouvre, au début des années quatre-vingt-dix, une nouvelle phase de la régulation. Elle profite, il est vrai, d'un climat très favorable aux innovations²⁰⁹¹. Il en résulte une mutation des instruments juridiques, le développement de mécanismes institutionnels spécifiques et la mise en place de nouvelles procédures. Plus peut-être que l'invention de nouveaux instruments, l'innovation consiste en une utilisation nouvelle des instruments existants.

Avant d'examiner brièvement ces techniques, il peut être utile de dégager l'esprit général qui anime la nouvelle régulation sociale dans tous ces domaines. Là se trouve le fondement d'une cohérence et d'un nouvel équilibre.

SECTION III. LES PRINCIPES DE LA REGULATION SOCIALE

714. Cette matière est extrêmement variée et complexe. Il est cependant possible d'en donner une appréciation simple, à partir de deux principes très généraux: le principe de l'innovation et le principe de subsidiarité. Interprétés suivant un sens strictement juridique et formel, ces deux principes perdraient ici beaucoup de leur pertinence. On essaiera plutôt de montrer qu'ils constituent le « fondement rationnel » de la nouvelle régulation sociale²⁰⁹².

715. Il faut d'abord remarquer que ces deux principes n'ont pas la même portée. Le premier exprime le but général vers lequel tend le système de la nouvelle régulation sociale (I). Le second indique les conditions dans lesquelles ce but peut s'accomplir, il montre les voies à suivre pour permettre à ce nouveau système de s'imposer (II). De la conjugaison de ces deux principes résultent les caractères généraux de la régulation sociale (III).

§ I. LE PRINCIPE DE L'INNOVATION

²⁰⁸⁹ Cf. R. GOSALBO BONO, *Les politiques et actions communautaires*, RTDE, 1997, 769-795; R. DEHOUSSE, *European Institutional Architecture after Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?*, CMLR, 1998, 595-627.

²⁰⁹⁰ En ce sens déjà, M. FALLON, *DROIT MATERIEL DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Louvain-La-Neuve, 1997, 498 et ss.; 577 et ss.

²⁰⁹¹ Voir en ce sens, R. DEHOUSSE, *Les Etats et l'Union européenne: les effets de l'intégration*, in *LA RECOMPOSITION DE L'ETAT EN EUROPE*, V. Wright & S. Cassese (dir.), La Découverte, Paris, 1996, 55-70.

²⁰⁹² L'expression est de François Gény.

716. Liberté économique et protection sociale sont deux termes opposés dans la phraséologie de l'intégration européenne, et il est courant de dire que, si la première est liée à la voie d'une « intégration négative » (élimination des obstacles à la libre circulation), la seconde n'a pu naître que grâce à l'apparition, à partir de l'Acte unique, d'une « intégration positive » (politique d'harmonisation et modification des législations existantes)²⁰⁹³. Que cette opposition ait quelque utilité pour décrire l'évolution du processus d'intégration économique, cela n'est pas douteux. Elle trouve dans le traité lui-même une certaine légitimité. D'un côté en effet, le droit communautaire veut ouvrir des espaces de *liberté* pour agir et pour entreprendre: « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité » (art. 14 CE); et d'autre part cette liberté elle-même engendre des attentes de *sécurité* et de *protection sociale*: la Communauté recherche « une protection sociale adéquate » (art. 136 CE), « un niveau élevé de protection de la santé humaine » (art. 152 CE), « un niveau élevé de protection des consommateurs » (art. 153 CE), « dans le domaine de l'environnement (...) un niveau de protection élevé »²⁰⁹⁴ (art. 174 CE). Mais résulte-t-il de là deux constructions juridiques concurrentes et séparées? Il y a une particularité dont on ne peut manquer d'être frappé quand on examine de près toutes ces nouvelles réglementations: c'est leur inscription dans une pluralité de perspectives apparemment contradictoires. Toutes nous montrent en effet une configuration autrement plus complexe.

A. La recherche d'une nouvelle forme d'équilibre

717. Il n'est que de lire les textes. On saisit ainsi quelle est « l'idéologie du droit positif »²⁰⁹⁵. Elle ne se réduit pas à une opposition simple entre « libertés » et « protections ». Au sein du nouveau droit de l'environnement, « la recherche d'un point d'équilibre entre les objectifs contradictoires que peuvent constituer, d'une part, la protection de l'environnement et, d'autre part, la liberté du commerce, la croissance économique ou la liberté des Etats membres de choisir leur propre niveau de protection » passe par la notion de « développement durable »²⁰⁹⁶. Cette notion signifie que les préoccupations environnementales sont intégrées dans les processus décisionnels et productifs²⁰⁹⁷. Tel est également l'esprit du nouveau droit de la santé: dans le

²⁰⁹³ On doit la distinction entre « intégration positive » et « intégration négative » à J. TINBERGEN, qui l'a élaborée dans le cadre des relations économiques internationales (*INTERNATIONAL ECONOMIC INTEGRATION*, Elsevier Publishing Company, Amsterdam, 2nd. ed., 1965, not. 77-79; elle a été élaborée dans le cadre communautaire notamment par F. SCHARPF, *GOUVERNER L'EUROPE*, trad. de l'anglais par R. Dehousse & Y. Surel, Presses de Sciences Po, Paris, 2000.

²⁰⁹⁴ « La préservation de l'environnement est un bien légitime auquel toutes les personnes physiques ont théoriquement part, c'est-à-dire qu'il a une dimension sociale (c'est d'ailleurs, pour ce motif que, dans certains Etats, elle a été reconnue comme un droit social fondamental). » (Conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Greenpeace Council e.a./Commission* (C-321/95 P), § 102, [1998] I-1693).

²⁰⁹⁵ L'expression appartient à Walter BENJAMIN (*Pour une critique de la violence*, in *MYTHE ET VIOLENCE*, trad. de l'allemand par M. de Gandillac, Denoël, Paris, 1971).

²⁰⁹⁶ P. THIEFFRY, *op. cit.*, 244.

²⁰⁹⁷ Cf. « Synthèse » de la Commission des CE, *VERS UN DEVELOPPEMENT SOUTENABLE. Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de*

Livre vert sur les principes généraux de la législation alimentaire, la Commission fait figurer, à côté de la garantie d'un « haut niveau de protection de la santé publique, de la sécurité et des consommateurs » et de la garantie de « la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur », la volonté de développer « l'innovation » et d'« assurer la compétitivité de l'industrie européenne »²⁰⁹⁸. Dans l'émergence de ces nouvelles politiques, les deux principes de liberté économique et de protection sociale coïncident, abandonnant l'un et l'autre, si l'on peut dire, quelque chose de leur pureté et de leur radicalité originelles.

718. Tous les nouveaux instruments de la régulation sociale semblent à la recherche d'un même équilibre, qui passe par des formes variées. Il est significatif que les objectifs du système des médicaments dans la Communauté puissent être présentés sous trois points de vue: le point de vue de la protection de la santé publique, le point de vue de l'accès à un marché communautaire uniforme, et le point de vue de la politique industrielle²⁰⁹⁹. Cette « dialectique subtile » s'applique aussi à la labellisation écologique²¹⁰⁰. Elle illustre « une tentative de dépassement, une sorte de sublimation (...) de l'opposition entre la protection de l'environnement et la liberté du commerce »²¹⁰¹. Au total, dans tous ces domaines, c'est l'innovation qui est recherchée²¹⁰². Dans sa Résolution concernant une nouvelle approche en matière de normalisation, le Conseil estime que la nouvelle approche, qui doit se fonder sur des niveaux exigeants de protection de la sécurité, de la santé et des consommateurs, « constitue une contribution importante pour la libre circulation des produits industriels (...) et qu'elle contribue à la compétitivité industrielle aussi bien sur le marché communautaire que sur les marchés extérieurs »²¹⁰³. Ainsi, « il est clair que les normes européennes seront utilisées pour atteindre plusieurs objectifs en même temps: éliminer

l'environnement, JOCE 1993, C 138/11; v. U. COLLIER, *Sustainability, Subsidiarity and Deregulation: New Directions in EU Environmental Policy*, Environmental Politics, Vol. 6, No. 2, 1997, 1-23.

²⁰⁹⁸ Livre vert de la Commission des C.E., *Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne*, COM (97), 176 final, vi). Dans le même sens, Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61: « Le Comité partage l'opinion de la Commission selon laquelle il faut, dans la prise de décisions politiques dans le domaine alimentaire, prendre en compte les exigences en matière d'innovation et de compétitivité ainsi que d'autres orientations socio-économiques » (3.1.1.).

²⁰⁹⁹ Commission des C.E., *Système futur de libre circulation des médicaments dans la Communauté européenne*, COM (90), 283 final, 7-10; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Sur les orientations de politique industrielle à appliquer dans le secteur pharmaceutique dans la Communauté européenne*, COM (93), 718 final.

²¹⁰⁰ C. HENIN retient cette expression (*LE MÉDICAMENT EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Ed. de la Santé, Paris, 1997, 11).

²¹⁰¹ Voir P. THIEFFRY, *La protection de l'environnement, la liberté du commerce et la concurrence*, La Semaine Juridique, Cahiers de droit de l'entreprise, n° spécial, 1994, 26.

²¹⁰² En matière de médicaments, E. KAUFER, *The Regulation of New Product Development in the Drug Industry*, in *DEREGULATION OR RE-REGULATION? Regulatory Reform in Europe and The United States*, Pinter, London, 1990, 153-175; en matière d'éco-label, Préambule au Règlement (CEE) n° 880/92 du Conseil, du 23 mars 1992, concernant un système d'attribution du label écologique, JOCE 1992, L 99/1.

²¹⁰³ Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOCE 1985, C 136/2; dans le même sens, Communication de la Commission concernant le développement de la normalisation européenne, *Action pour une intégration technologique plus rapide en Europe*, COM (90) 456 final et sa suite, Communication de la Commission, *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne*, JOCE 1992, C 96/2.

les barrières commerciales, protéger l'environnement, protéger le consommateur, rationaliser les formes de production industrielle... »²¹⁰⁴.

719. Certains secteurs tendent nettement vers la protection contre les risques, mais la perspective du marché n'est pas exclue²¹⁰⁵. D'autres secteurs se rangent plutôt sous l'objectif d'approfondissement du marché intérieur, mais la perspective de la protection n'est pas écartée²¹⁰⁶. Ce qui émerge de là, ce n'est pas une politique interventionniste, sectorielle et marginalisée; c'est un nouveau système cohérent et complexe à l'égard duquel la liberté et la sécurité ne sont que deux points de vue extrêmes. A ce système travaille principalement l'imagination de la Commission, mais il est remarquable que la Cour de justice s'est parallèlement engagée dans une voie semblable²¹⁰⁷. Comment le définir? Un mot peut convenir: « innovation ». Terme peu précis? A ce terme correspond précisément « l'esprit du nouveau capitalisme »²¹⁰⁸.

B. L'adaptation d'un principe d'entreprise

²¹⁰⁴ T. BUNDGAARD-PEDERSEN, *Multi-level Governance: With or Without the State? The Changing Governance of Technical Standardization in Europe*, The European Policy Process, Occasional Paper n° 36/1997, University of Essex, 1997, 13.

²¹⁰⁵ C'est le cas en matière de biotechnologie. « La protection de la santé humaine et de l'environnement demande qu'une attention particulière soit accordée au contrôle des risques découlant de la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement »; mais il faut aussi éviter que cette dissémination ne crée « des conditions inégales de concurrence et des entraves aux échanges de produits... » (Directive 90/220 du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOCE 1990, L 117/15; v. également Règlement 258/97 du Parlement européen et du Conseil relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires, JOCE 1997, L 43/1).

²¹⁰⁶ Le nouveau système de la marque communautaire vise d'abord la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services, mais également la protection de droits de propriété industrielle et, par-delà ces deux objectifs, la promotion de l'initiative (Cf. J.-C. COMBALDIEU, *L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles)*, in *THE EC AGENCIES BETWEEN COMMUNITY INSTITUTIONS AND CONSTITUENTS: AUTONOMY, CONTROL AND ACCOUNTABILITY*, A. Kreher (ed.), EUI, RSC, Florence, 1998, 113). De même, la nouvelle réglementation sur les variétés végétales entend concilier deux objectifs, d'une part la protection de la diversité génétique, d'autre part l'incitation à la recherche et l'encouragement à l'innovation (En ce sens, M.-A. HERMITTE, *Conclusion*, in *LE DROIT DU GENIE GENETIQUE VEGETAL*, M.-A. Hermitte (dir.), Librairies Techniques, Paris, 1987, 251-253).

²¹⁰⁷ En matière d'environnement, « c'est déjà la Cour de justice des Communautés européennes qui a montré la voie en révélant le point d'équilibre qui s'imposait à la protection de l'environnement et à la liberté du commerce » (P. THIEFFRY, *op. cit.*, 244); sur les bases jurisprudentielles de l'exercice de compétences communautaires en matière sanitaire, M. BELANGER, *Les bases juridiques de la politique communautaire de la santé*, RMC, 1989, 564-569; en matière de protection des consommateurs, la Cour a eu l'occasion de déclarer que, si un directive visant à promouvoir la liberté d'établissement et la libre prestation de services dans le secteur bancaire doit prévoir un niveau de protection des consommateurs élevé, « aucune disposition du traité n'oblige cependant le législateur communautaire à entériner le niveau de protection le plus élevé qui puisse être rencontré dans un Etat membre déterminé. » (CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-233/94, pt 48, I-2459). Il demeure bien entendu, par exemple en matière de santé des travailleurs, que « l'idée selon laquelle l'action de la Communauté ne pourrait s'exercer que sur la base du plus petit dénominateur commun, ou sur celle du plus bas possible, serait en complète contradiction avec la conception même du droit communautaire » (Conclusions de l'avocat général Léger, 12 mars 1996 dans l'affaire *Royaume-Uni/Conseil* (C-84/94), [1996] I-5769).

²¹⁰⁸ Cf. L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *LE NOUVEL ESPRIT DU CAPITALISME*, Gallimard, Paris, 1999.

720. L'innovation est d'abord un principe d'entreprise, promu par Direction générale des entreprises de la Commission: « toute entreprise se crée à partir d'une démarche en partie innovante. En outre, pour se maintenir dans la course, les entreprises doivent innover sans cesse »²¹⁰⁹. L'innovation présuppose une « excellente base scientifique » et une forte capacité à « organiser les compétences » et à les « transformer en produits nouveaux »²¹¹⁰. Sa principale ressource est « l'intelligence » et son unique souci est « la qualité »²¹¹¹. Puisque la visée est la nouveauté et la qualité, elle est contrainte « d'investir dans l'immatériel ». L'incertitude à laquelle elle s'adresse doit être compensée par des méthodes de travail fondées sur la coordination et l'expérimentation. Le simple échange d'informations ne suffit pas: « dans un souci de *subsidiarité*, il faut s'appuyer sur les expériences réussies des régions et pays. Ceci veut dire valoriser les savoirs accumulés, développer la diffusion de bonnes pratiques et renforcer ainsi la cohésion de l'Union »²¹¹². De là l'intérêt de mettre en place des procédures d'apprentissage. Ce qui ne signifie pas un accroissement du formalisme; car « parmi les obstacles figurent au premier chef les lourdeurs administratives ». C'est pourquoi « un effort de simplification administrative et d'allégement des formalités doit être entrepris ». Selon R. Salais et M. Storper, qui ont modélisé ces nouvelles pratiques, « la production doit reposer sur des règles de méthodes empruntées au travail scientifique, pour définir la qualité comme pour évaluer l'activité de production ou l'activité de développement de nouveaux produits. Les connaissances mobilisées et créées dans ce modèle ne consistent pas en secrets de fabrication, par définition non transmissibles comme dans le "marché marshallien", mais en théories, en concepts, en méthodes formelles et généralisables. Ce modèle de l'"innovation" correspond au monde possible de production immatériel »²¹¹³.

721. Disons tout de suite que ce modèle d'entreprise n'est pas tout uniment transposable à la régulation publique. Il représente pourtant bien l'esprit général de la nouvelle régulation sociale. Ce que prescrit la régulation communautaire, c'est « un monde flexible constitué de projets multiples menés par des personnes autonomes »²¹¹⁴. Elle indique une pluralité de références: le marché, la protection sociale, la production industrielle, et prétend même à une dimension civique et démocratique²¹¹⁵. L'essentiel de l'innovation réside dans la promotion du *partage des responsabilités*, *l'information* et la *participation* de tous les acteurs concernés. N'est-ce pas là le sens nouveau qu'il convient de donner à l'article 2 du traité CE: établissement d'un marché commun par « un développement harmonieux, équilibré et durable, des activités économiques », un « nouveau de protection sociale élevé » et « un haut degré de compétitivité et de convergence

²¹⁰⁹ *The European Commission's Innovation Programme*, www.cordis.lu/innovation/src/pubresfr.htm.

²¹¹⁰ Cf. Commission des CE, *Livre Vert sur l'innovation*, COM(95) 688 final.

²¹¹¹ « La Qualité est ainsi reconnue aujourd'hui comme étant un instrument stratégique par excellence. A ce titre, elle est devenue un des éléments déterminants de la compétitivité des entreprises et par conséquent de leur capacité d'innovation. *Qualité et innovation sont indissociables*. En outre, la Qualité est garante de la compétitivité des services qui touchent de près la santé, la sécurité et l'environnement des citoyens européens » (Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, COM(1998) 31 final, 3 note; nous soulignons).

²¹¹² *The European Commission's Innovation Programme*, www.cordis.lu/innovation/src/pubresfr.htm (nous soulignons).

²¹¹³ R. SALAIS & M. STORPER, *LES MONDES DE PRODUCTION. Enquête sur l'identité économique de la France*, Ed. de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, 1993, 65.

²¹¹⁴ L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *op. cit.*, 143.

²¹¹⁵ Voir ainsi Communication de la Commission, *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne*, JOCE 1992, C 96/2, § 18.

des performances économiques »? Au lieu d'y voir un inventaire généreux et contradictoire, le principe de l'innovation permet de trouver dans ce rapport la cohérence de la nouvelle régulation sociale. On ne saurait réduire ainsi les contradictions réelles qui peuvent naître de cette pluralité. Mais, replacées dans ce contexte, elles n'en apparaissent que plus évidentes.

722. Il est vrai que cette nouvelle forme de régulation n'est ni tout à fait nouvelle ni entièrement accomplie. Elle conserve des traces du modèle classique de l'intervention administrative. Cependant, l'innovation devient la référence dominante pour la nouvelle action publique. La preuve est qu'elle imprègne à présent la régulation économique. Tandis qu'en 1960, le régime de concurrence semblait viser avant tout à « empêcher que la circulation des marchandises entre les Etats membres et les échanges de services au sens le plus large du terme soient entravés (...), du fait de la disparité des législations nationales ou des pratiques administratives, ou par des accords privés ou par l'exploitation abusive d'une position dominante »²¹¹⁶, depuis 1997 la politique de concurrence « vise à conférer ou à conserver aux marchés la souplesse indispensable pour libérer les capacités d'initiative et d'innovation et permettre une allocation efficace et dynamique des ressources de la société »²¹¹⁷. Ce passage d'une politique axée sur la construction d'un marché intérieur à une régulation fondée sur la recherche de l'innovation et de la compétitivité « dans une économie de plus en plus mondialisée » est remarquable²¹¹⁸. Il est en passe de provoquer, en ce domaine également, de nombreux changements institutionnels et normatifs²¹¹⁹.

723. Notons que ce changement reflète un approfondissement plus général de la « différenciation infra-étatique » et la « pluralisation » des mondes sociaux, « qui prend en quelque sorte à revers le foyer unitaire de juridicité que constitue dans notre tradition occidentale et plus précisément républicaine l'Etat-nation »²¹²⁰. Les résistances des Etats membres dans le cadre communautaire demeurent fortes²¹²¹. Mais, désormais, il faut tenir compte de l'élargissement des pressions, sociales et nationales, dont les institutions européennes sont le siège²¹²².

§ II. LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

²¹¹⁶ H. VON DER GROEBEN (membre de la Commission responsable de la politique de concurrence), *Problèmes de la politique européenne de concurrence*, Bulletin de la CEE, 1960, n° 3, 5.

²¹¹⁷ Commission des C.E., *XXVIème Rapport sur la politique de concurrence (1996)*, 17.

²¹¹⁸ Commission des CE, *Livre Vert sur l'innovation*, COM(95) 688 final, 13.

²¹¹⁹ Ils sont analysés en détail par R. WESSELING, *CONSTITUTIONAL DEVELOPMENTS OF E.C. ANTITRUST LAW. The Transformation of Community Antitrust Law and its Implications*, Thèse IUE, Florence, 1999.

²¹²⁰ P. RICŒUR, *La pluralité des instances de justice*, in *LE JUSTE*, Ed. Esprit, Paris, 1995, 121-142.

²¹²¹ La procédure de révision du 5ème programme environnement en offre l'exemple le plus spectaculaire (Cf. M. PALLEMAERTS, *The decline of law as an instrument of Community environmental policy*, RAE, 1999, 338-354); en matière de santé, M. CASSAN, *op. cit.*, 182 et ss. (« Les obstacles inhérents à la coordination des législations »).

²¹²² On peut observer ainsi que l'évolution du rôle du Parlement européen au sein du système institutionnel communautaire a eu pour conséquence une croissance du lobbying exercé auprès de lui (noté par J. RIDEAU, *DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1999, 530).

724. La subsidiarité n'est pas une doctrine aux lignes arrêtées. Ce n'est pas non plus un principe sans ambiguïté. Il semble même si extensible et si souple qu'on peut dire qu'on en accepte quelque chose dès qu'on rejette les thèses extrêmes sur la nature des Communautés et de l'Union. Remontant à son introduction dans le droit de l'Union, il faut se demander comment il peut apparaître aujourd'hui comme un principe essentiel d'organisation dans tous les domaines de la régulation sociale.

A. Le besoin de flexibilité

725. Une étude historique révèle que le concept fut redécouvert, introduit et promu à la fin des années soixante-dix, par les membres chrétiens-démocrates du Parlement européen²¹²³. Leur but était alors de justifier l'élargissement des compétences de l'Union, au profit notamment de la Commission. Selon ce courant, l'application du principe aurait permis le transfert d'un ensemble de compétences au niveau communautaire, là où leur mise en œuvre semblait plus facile et plus efficace. Il est certain que l'article 130 R § 4 introduit par l'Acte unique contient une trace de cette idée²¹²⁴. Cette disposition reconnaît la compétence des autorités nationales pour régler les problèmes locaux²¹²⁵. Mais il faut que, sur le plan des principes généraux, les objectifs environnementaux puissent être soustraits à la fois aux contradictions entre réglementations nationales et aux résistances internes à chaque Etat. Cette idée de la subsidiarité qui, dans son inspiration, n'était pas dénuée de forts éléments de fédéralisme, devait cependant échouer. L'adoption de l'Acte unique et la mise en œuvre du programme d'achèvement du marché intérieur provoqua une réaction hostile de la part de nombreux acteurs du processus d'intégration. « L'avalanche législative » et la « dérive centraliste » engendrées par la mise en place du marché intérieur inquiétaient²¹²⁶.

726. C'est alors qu'une altération de la portée du principe se produisit. Comment éviter la référence au fédéralisme, facteur de tant de polémiques, tout en maintenant et en prolongeant la dynamique de construction du marché intérieur? A cette dynamique, tous semblaient se rallier, même si les désaccords persistaient sur le sens précis qu'il fallait lui donner. Justement, la notion de subsidiarité pouvait « offrir un critère clair de partage des responsabilités, mais sans identifier clairement ces responsabilités »²¹²⁷. Rien d'étonnant dès lors à ce que la subsidiarité fut « le mot qui sauva Maastricht »²¹²⁸. Le Traité en offrait une formulation qui pût convenir à la fois aux partisans d'une fédéralisation et aux opposants d'une extension des compétences

²¹²³ Voir, dans le cadre de l'intégration européenne, l'analyse remarquable de K. VAN KERSBERGEN & B. VERBEEK, *The Politics of Subsidiarity*, JCMS, 1994, 215-236.

²¹²⁴ Lequel dispose: « La Communauté agit en matière d'environnement dans la mesure où les objectifs visés au paragraphe 1 peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres pris isolément ».

²¹²⁵ Sur l'interprétation de cette disposition, N. EMILIOU, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Enterprises of Ambition"?*, ELR, 1992, 383-407.

²¹²⁶ Sur cette évolution, Club de Florence, *Efficacité, transparence et subsidiarité*, in *EUROPE: L'IMPOSSIBLE STATU QUO*, Stock, 1996, no. 139-155.

²¹²⁷ K. VAN KERSBERGEN & B. VERBEEK, *op. cit.*, 220.

²¹²⁸ E. VOS, *op. cit.*, 78.

communautaires²¹²⁹. Elle parvenait à compenser l'élargissement des compétences et l'introduction de modalités de vote plus favorables à l'Union, sans compromettre le principe des compétences étatiques²¹³⁰. C'est ainsi que le principe fut érigé selon « le plus petit commun dénominateur ». De là son succès, mais aussi son ambiguïté, source de multiples conflits d'intérêts.

727. Reste que « l'unanimité récente autour du principe de subsidiarité ne découle probablement pas seulement de l'ambiguïté du concept... elle refléterait aussi la crise de l'Etat contemporain ainsi qu'une nouvelle approche de la souveraineté. C'est toute la problématique de la localisation et de la structuration du pouvoir qui réapparaît avec celle de la subsidiarité »²¹³¹. De ce point de vue, la subsidiarité poursuit un travail de reconstruction des procédures de gouvernement. Elle instaure une forme politique nouvelle, reflétant un *besoin général de flexibilité*²¹³². De la sorte, elle accomplit la transition de la « souveraineté » à la « gouvernementalité », qui vise l'administration et la gestion efficace des activités économiques et sociales²¹³³. C'est bien ainsi que le principe réapparaît au sein de la régulation sociale, débarrassé à la fois du contenu moral dont ses inspirateurs l'affublaient et du fort contenu politique dont on le gratifie encore à tort.

B. Le contenu procédural

728. Dans la tradition de la démocratie chrétienne européenne, la subsidiarité revêt un fort contenu social et moral²¹³⁴. Elle conçoit l'Etat dans un tout organique, dont le centre est la

²¹²⁹ A l'article 3 B CE [art. 5 CE], le traité dispose que « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ».

²¹³⁰ De manière générale, J. RIDEAU, *Compétences et subsidiarité dans l'UE et les CE*, AEAP 1992, 615 et ss.

²¹³¹ H. BIRBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres. Commentaire sur l'article 3B du traité de Maastricht*, RMUE, 1992/4, 167; V. CONSTANTINESCO, *La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne*, Swiss Review of International Economic Relations, 1991, 209 et ss.

²¹³² Sans insister sur un point qui mériterait une étude générale, bornons-nous à dire que la subsidiarité peut chercher la flexibilité, soit dans les relations entre Etats membres, soit dans les relations entre Etats et Communauté, soit dans les procédures internes de la Communauté. En tant qu'elle s'applique aux relations interétatiques, elle aboutit à des formes de coopérations renforcées conçues comme une mise en commun de ressources pour aller plus loin dans le sens de l'intégration. En tant qu'elle opère dans le cadre des relations entre Etats et Communauté, elle aboutit à la mise en place d'un « fédéralisme coopératif » (R. CROISAT & J.L. QUERMONNE, *L'EUROPE ET LE FEDERALISME*, Montchrestien, Paris, 1996). En tant qu'elle intervient dans le cadre communautaire, elle aboutit à l'instauration d'un « fédéralisme managérial » (K.-H. LADEUR, *European Community Institutional Reforms. Extra-National Management as an Alternative Model to Federalism?*, LIEI, 1990/2, 1-21). Mais, dans tous les cas, c'est le résultat d'un système qui substitue l'adaptabilité et la flexibilité à l'unité et à la hiérarchie (intervention de J. RIDEAU, Séminaire doctoral, Bendor, 3-4 mars 2000).

²¹³³ Ce qui n'élimine pas le problème de la souveraineté, mais « le rend plus aigu que jamais »: formulation qui s'applique très bien au cadre de l'Union européenne (M. FOUCAULT, *La gouvernementalité*, Actes, n° 54, 1986, 6-15; pour une première utilisation de la notion en droit privé économique, C. HANNOUN, *LE DROIT ET LES GROUPES DE SOCIETES*, LGDJ, Paris, 1991).

²¹³⁴ Voy., sur cette tradition et ses multiples implications doctrinales, C. MILLON-DELSOL, *L'ETAT SUBSIDIAIRE*, PUF, Paris, 1992.

personne humaine; le ressort de son action est la solidarité et la justice sociale; le cadre de son action est une « économie sociale de marché »²¹³⁵. Selon cette conception, la construction communautaire devrait conduire à la constitution politique d'une nouvelle Europe sociale. On trouverait des indices de cette conception chez de nombreux dirigeants européens et dans les prémisses d'une définition de la politique sociale européenne²¹³⁶. Que la régulation sociale reflète certains aspects de redistribution sociale, cela n'est pas douteux²¹³⁷. Mais, dans sa radicalité, cette formulation ne correspond pas à la réalité de la régulation sociale dont on suit le développement²¹³⁸. Ce n'est pas, sans doute, pour revenir aux purs mécanismes du marché²¹³⁹. Mais la notion de subsidiarité a un contenu procédural: elle est utilisée ici pour souligner la participation et la « responsabilité primaire » des acteurs concernés par les objectifs de la régulation²¹⁴⁰.

729. Le principe ne correspond pas non plus au sens politique qu'on lui prête souvent. On considère en général que le principe englobe une vision citoyenne et démocratique de l'Union. Tel est le sens du Préambule du traité sur l'Union européenne²¹⁴¹. Et, de fait, les politiques de la régulation sociale ont été conçues dès l'origine suivant le principe d'une priorité reconnue aux actions locales. Mais ce n'est là qu'un aspect de la question. Le problème que doit résoudre la subsidiarité dans ce cadre est avant tout d'ordre « réglementaire »: « l'objectif principal de ces dispositions est moins de protéger les compétences souveraines des Etats membres que d'empêcher qu'un zèle excessif n'aboutisse à des réglementations communautaires excessivement tatillonnes »²¹⁴². Loin de se présenter comme un principe de répartition des compétences, la subsidiarité est avant tout un *principe de régulation souple des pouvoirs*²¹⁴³. Par

²¹³⁵ Cf. Institut de Politique Internationale et Européenne, *LES DEMOCRATES-CHRETIENS ET L'ECONOMIE SOCIALE DE MARCHE*, Economica, Paris, 1988.

²¹³⁶ Le préambule de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 contient une référence explicite au principe de subsidiarité.

²¹³⁷ En ce sens, C. JOERGES, *Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 6.

²¹³⁸ Cf. M.A. POLLACK, *Creeping competence: the expanding agenda of the European Community*, *Journal of Public Policy*, 1994, 95-145.

²¹³⁹ Pareille notion d'une subsidiarité purement marchande trouve un écho en droit communautaire dans le secteur des aides d'Etat. Le principe, dégagé par la doctrine et la pratique de la Commission, signifie que, pour profiter d'une dérogation, l'Etat doit rapporter la preuve que le jeu normal du marché ne suffirait pas à lui seul à atteindre les objectifs poursuivis.

²¹⁴⁰ Ainsi par ex. Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM (1999) 719 final.

²¹⁴¹ Il se conclut ainsi: Les Etats membres de l'Union... « résolus à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises au plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité ».

²¹⁴² Club de Florence, *op. cit.*, 146.

²¹⁴³ R. DEHOUSSE, *La subsidiarité et ses limites*, Annuaire Européen, vol. XL, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 31. Cette distinction connaît une traduction contentieuse. En tant que règle de répartition des compétences, le principe de subsidiarité ne relève-t-il pas du cas d'incompétence? (D. RITLENG, *LE CONTROLE DE LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 70 et ss.). Or, il est significatif que la Cour, dans les rares affaires où elle s'en est saisi, ait fait référence au principe sous le moyen de la motivation (CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni/Conseil*, C-84/94, I-5755; CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-233/94, I-2405. Dans le même sens, K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, *Le principe de subsidiarité et son contexte*, CDE, 1994, not. 71 et ss (3-83). Les auteurs insistent sur « le rôle de la motivation » dans le contrôle juridictionnel de l'application du principe). A

là, elle revêt une dimension essentiellement procédurale. Son objet est de rendre plus efficace et plus flexible le processus de décision. La communication de la Commission au Conseil et au Parlement précédant le Conseil d'Edimbourg souligne qu'« il s'agit d'un principe régulateur important dans l'exercice des compétences » qui doit reposer sur un « test d'efficacité comparative »²¹⁴⁴. L'Accord interinstitutionnel sur la mise en œuvre du principe précise que « la subsidiarité est un élément de la décision et non un préalable »²¹⁴⁵. Il aboutit ainsi, dans le Protocole annexé au Traité d'Amsterdam, à donner « une orientation » nouvelle « à la manière dont ces compétences doivent être exercées au niveau communautaire »²¹⁴⁶.

730. Sous ce rapport, elle devient un instrument d'action privilégié au niveau *administratif*, « c'est-à-dire de l'exécution de la réglementation communautaire et du contrôle de l'exécution »²¹⁴⁷. Non pour affirmer à nouveau les principes du « fédéralisme exécutif »²¹⁴⁸. Mais, là encore, c'est « une affaire de processus »²¹⁴⁹. « Sans toucher à la répartition des compétences entre l'UE, les Etats membres et les autorités régionales et locales »²¹⁵⁰, le principe agit pour favoriser la délégation²¹⁵¹, la coopération²¹⁵² et la participation²¹⁵³.

731. Au niveau administratif, le principe repose sur l'efficience²¹⁵⁴ et la coordination²¹⁵⁵. Notons que, comme le principe d'innovation, il connaît un succès remarquable dans le secteur économique. Considérée jusque-là comme le domaine privilégié de l'application directe et

propos des implications plus générales du principe sur la position institutionnelle de la Cour de justice, G. DE BURCA, *The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor*, JCMS, 1998, 217-235

²¹⁴⁴ Communication de la Commission du 27 octobre 1992, *Le principe de subsidiarité*, Bull. CE 10-1992, 122-132.

²¹⁴⁵ Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur les procédures pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité, Bull. CE 10-1993, 2.2.2.

²¹⁴⁶ Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, § 3.

²¹⁴⁷ C.D. EHLERMANN, *Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité*, RMUE, 1992/4, 218.

²¹⁴⁸ En ce sens, G. STROZZI, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attentes*, RTDE, 1994, not. 383-384.

²¹⁴⁹ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, 45.

²¹⁵⁰ Rapport de la Commission sur l'état d'avancement de la mise en œuvre du programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable, COM (95) 624 final, 128.

²¹⁵¹ Cf. Communication de la Commission du 27 octobre 1992, *Le principe de subsidiarité*, Bull. CE 10-1992, pt V. 1. et 2.

²¹⁵² Ainsi se comprennent les Art. 152 §§ 2 et 3; Art. 174 § 4. Au lieu que les attentes de protection soient renvoyées à la seule compétence des Etats, au risque d'une fragmentation inefficace et dangereuse, elles sont intégrées à la régulation communautaire par des mesures visant à promouvoir l'innovation et l'autonomie, y compris celle des Etats concernés.

²¹⁵³ En ce sens, W. VAN GERVEN déduit la notion d'« administration négociée » et celle de « démocratie participative » du principe de subsidiarité (*The Legal Dimension: The Constitutional Incentives for and Constraints on Bargained Administration*, in *CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, F. Snyder (ed.), Kluwer Law International, 1996, 75-90). Elle trouve une consécration dans le Protocole annexé au Traité d'Amsterdam (§ 9). Mais celle-ci reste limitée aux procédures législatives (v. également K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, *op. cit.*, 70, n° 82).

²¹⁵⁴ R. DEHOUSSE, *op. cit.*, 31.

²¹⁵⁵ Dans ces domaines, l'action communautaire est surtout justifiée « par des raisons opérationnelles, en vue d'assurer la coordination » des mesures de protection sanitaires et environnementales (v., par ex., dans le domaine de l'eau, Communication de la Commission, *La politique communautaire dans le domaine de l'eau*, COM(96) 59 final).

centralisée, la politique de concurrence s'oriente ainsi vers un allègement des contraintes administratives et une décentralisation de plus en plus poussée de son application²¹⁵⁶.

732. De la mise en œuvre de ce principe procèdent toutes les réglementations de la régulation sociale. Cette version du principe est indissociable de l'idée d'innovation. Le but de l'action administrative est de coordonner et de surveiller les processus économiques et sociaux pour leur permettre de se déployer au-delà de leurs propres *performances*. En matière environnementale, « il faut aviver le sens de la *responsabilité partagée*, ce qui implique un meilleur partage des *informations*, une plus grande *transparence* et une *participation* effective, de manière à faire pression sur les institutions et les entreprises pour qu'elles améliorent leurs *performances* »²¹⁵⁷. Tel est également le sens du nouveau droit de la santé²¹⁵⁸. Il faut ainsi remarquer que les systèmes d'enregistrement de la marque communautaire²¹⁵⁹, d'autorisation des médicaments²¹⁶⁰ ou d'attribution du label écologique²¹⁶¹ n'ont pas vocation à se substituer aux systèmes nationaux, mais seulement à les compléter et à en assurer la coordination. On peut enfin tout à fait considérer le développement de la normalisation européenne comme une « anticipation » et une expression du principe de subsidiarité²¹⁶². Au total, ce qui apparaît est un nouveau « *droit subsidiaire* »²¹⁶³.

§ III. LES CARACTERES GENERAUX DE LA REGULATION SOCIALE

733. De l'action de ces deux principes résultent les caractères fondamentaux de la régulation sociale. Il s'agit d'une régulation *intégrée* (A), *technique* (B) et *consensuelle* (C).

²¹⁵⁶ Cf. A. SCHAUB, *EC Competition System — Proposals for Reform*, Fordham Corporate Law Institute, 22 octobre 1998 (texte disponible sur le site Internet de l'Union européenne); L. IDOT, *L'application du principe de subsidiarité en droit de la concurrence*, Dalloz, 1994, Chron. 37; C.D. EHLMANN, *La modernisation de la politique antitrust de la CE: une révolution juridique et culturelle*, RDE, 2000/1, 13-74.

²¹⁵⁷ Rapport de la Commission, *op. cit.*, COM(95) 624 final, 6 (nous soulignons).

²¹⁵⁸ Sur la notion de responsabilité partagée en droit sanitaire, E. VOS, *op. cit.*, 46 et ss.; 99 et ss.

²¹⁵⁹ Ainsi « les marques nationales demeurent nécessaires aux entreprises ne désirant pas une protection de leurs marques à l'échelle de la Communauté » (Préambule au Règlement 40/94, JOCE 1994, L 11/1).

²¹⁶⁰ Tel est le jeu du « système hybride » comportant deux procédures, l'une centralisée, l'autre décentralisée (P. DEBOYER, *Les nouvelles procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments*, RMUE, 1995/4, 31-78).

²¹⁶¹ Ce système repose sur le volontariat et, en ce sens, les instruments volontaires de la politique de l'environnement, éco-label et système communautaire de management environnemental, « participent de l'idée de subsidiarité dans leur essence même » (P. THIEFFRY, *op. cit.*, 162, 166).

²¹⁶² Telle est la thèse centrale de F. AUBRY-CAILLAUD (*NOUVELLE APPROCHE ET NORMALISATION EUROPEENNE EN MATIERE DE LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES*, Pedone, Paris, 1998). Certes, la Cour rappelle que « le principe de subsidiarité (...) ne peut avoir pour effet que l'autorité dont disposent les associations privées pour adopter des réglementations sportives limite l'exercice des droits conférés par le traité aux particuliers » (CJCE, 15 décembre 1992, *Bosman*, C-415/93, pt 81, I-5065; v. J.-C. GAUTRON, *Subsidiarité ou néo-subsidiarité?*, RAE, 1998, 3-8). Mais telle n'est pas la position des organes de normalisation, lesquels bénéficient d'une délégation de « service public » et sont placés sous la surveillance des autorités communautaires (en ce sens, v. la démonstration de F. PERALDI-LENEUF, *LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE D'HARMONISATION TECHNIQUE ET DE NORMALISATION. Etude d'une nouvelle modalité de régulation*, Thèse Droit, Strasbourg, 1996). Il est remarquable qu'un arrêt de la Cour du 9 novembre 1995 ait pour la première fois qualifié le CEN/CENELEC d'« Organisation communautaire européenne de normalisation » (CJCE, 9 novembre 1995, *Tranchant*, C-91/94, pt 23, I-3930, I-3911).

²¹⁶³ Expression utilisée par Ketteler, auteur allemand de la fin du XIX^{ème} siècle, précurseur du catholicisme social (C. MILLON-DELSOL, *op. cit.*, 126-131).

A. Une régulation « intégrée »

734. Deux termes qui paraissent inconciliables deviennent complémentaires lorsqu'ils sont pensés en termes d'innovation. Ainsi la demande de *protection* n'est pas conçue comme un obstacle mais plutôt comme un instrument d'amélioration de la *qualité des échanges économiques*²¹⁶⁴. Il y aurait non pas contradiction mais relation réciproque entre l'approfondissement du marché et l'élévation des standards de protection. Il arrive sans doute que des conflits irréductibles surgissent entre les deux termes. Mais, en thèse générale, la Commission cherche à les concilier. Ainsi, « l'expérience récente a montré que la sûreté alimentaire ne préoccupe pas seulement le consommateur, mais qu'elle est vitale pour le bon fonctionnement du marché. La sûreté alimentaire n'est donc pas seulement une condition préalable pour la protection de la santé des consommateurs mais elle sert aussi les intérêts des producteurs et de ceux qui sont associés à la transformation et à la commercialisation des denrées alimentaires et des produits agricoles pertinents »²¹⁶⁵. C'est qu'elle doit établir un climat de confiance entre producteurs et consommateurs. De ce climat profitent aussi les produits communautaires sur le marché mondial²¹⁶⁶. De même, « des politiques environnementales saines peuvent contribuer à accroître la compétitivité de l'industrie et à créer des possibilités d'emploi » : la notion de « développement durable » est liée à la formulation du concept « d'éco-efficacité »²¹⁶⁷.

735. L'« approche intégrée » agit encore à deux niveaux. Cela signifie d'abord que les exigences de la régulation sociale doivent être intégrées dans la mise en œuvre des autres politiques communautaires²¹⁶⁸. La régulation sociale a vocation à devenir *générique*. Elle ne peut être appréhendée isolément, comme autant de politiques sectorielles. Son objet étant diffus, il concerne l'ensemble des processus de production économiques. Il convient donc de « coordonner de manière efficace et cohérente toutes les politiques communautaires éventuellement concernées »²¹⁶⁹.

736. Cela signifie ensuite que les réglementations élaborées dans ces secteurs doivent se montrer capables d'intégrer l'ensemble des phénomènes et des objets relatifs à telle activité ou à

²¹⁶⁴ Voir, en général, R.B. STEWART, *Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework*, California Law Review, 1981, 1259-1377.

²¹⁶⁵ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 6.

²¹⁶⁶ Ibid., 8.

²¹⁶⁷ Commission des C.E., *Le développement industriel durable*, europa.eu.int/comm/environment/newprg/htm.

²¹⁶⁸ Cette exigence a été officiellement consacrée par le traité d'Amsterdam en matière environnementale (Art. 6 CE). En matière sanitaire, il s'agit d'une préoccupation constante (Résolution du Conseil du 20 décembre 1995 relative à l'intégration, dans les politiques communautaires, des exigences en matière de protection de la santé, JOCE 1995, C 350/2; en dernier lieu, Résolution du Conseil du 18 novembre 1999 concernant la protection de la santé dans toutes les politiques et actions de la Communauté, JOCE 2000, C 86/2); voir également, en matière de protection des consommateurs, art. 153 CE; F. PICOD, *Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs*, in *VERS UN CODE EUROPEEN DE LA CONSOMMATION*, F. Osman (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, 73-85.

tel produit objet de la régulation. Il s'agit par exemple de « l'approche horizontale » en matière alimentaire. Le principe directeur du Livre Blanc veut que « la politique de sécurité alimentaire doit reposer sur une approche *globale, intégrée*, c'est-à-dire qui s'applique à toute la chaîne alimentaire (« de la ferme à la table »), à tous les secteurs de l'alimentation, entre les Etats membres, à la frontière extérieure de l'UE et au sein de l'UE, dans les forums de décision internationaux et de l'UE et à tous les stades du cycle d'élaboration de la politique »²¹⁷⁰. La même approche est qualifiée de « modulaire » dans le cadre de la normalisation²¹⁷¹. La politique de l'environnement privilégie ainsi une « approche multi-milieux »²¹⁷².

B. Une régulation fondée sur « le dernier état des techniques »

737. Le principe d'innovation implique que la régulation soit fondée sur le meilleur état des techniques et des sciences²¹⁷³. Le savoir mobilisé en ces domaines n'est pas réductible à un savoir commun, aisément disponible, des dangers potentiels encourus. Il nécessite des formalisations théoriques et des outils complexes capables d'appréhender le risque²¹⁷⁴. D'où l'instauration de processus d'évaluation et d'apprentissage coordonnés et constamment adaptés²¹⁷⁵.

738. Les exigences d'évaluation scientifique se sont multipliées avec le développement de la régulation sociale, accentuées par les crises alimentaires. Chaque nouvelle réglementation aspire à être fondée sur « les meilleures techniques disponibles » ou, plus souvent désormais, « les meilleures techniques disponibles n'entraînant pas de coûts excessifs ». Le concept est plus large que celui de « coûts-avantages » élaboré par la doctrine administrative durant la période de l'Etat-Providence. Le « rapport coûts-bénéfices » fait partie de l'approche des politiques publiques

²¹⁶⁹ Sur les derniers développements du principe en matière d'environnement, E.R. KLATTE, *The principle of integration after 25 years of Community environmental policy*, RAE, 1999, 370-378; pour un exemple dans le domaine de l'eau, Communication de la Commission, *op. cit.*, COM(96) 59 final.

²¹⁷⁰ Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM (1999) 719 final, 9.

²¹⁷¹ Cf. J. McMILLAN, *La « certification », la reconnaissance mutuelle et le marché unique*, RMUE, 1991, 191-211.

²¹⁷² Cf. Rapport de la Commission, *op. cit.*, COM(95) 624 final.

²¹⁷³ En matière environnementale, l'exigence est consacrée à l'article 174 § 3 CE. En matière sanitaire, le souci est constant (Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM (1999) 719 final, 11). Dans le domaine de l'harmonisation, la nouvelle formulation de l'article 95 § 3 va dans le même sens.

²¹⁷⁴ Sur la distinction entre le danger et le risque, N. LUHMANN, *The Concept of Risk*, in *RISK: A SOCIOLOGICAL THEORY*, trad. de l'allemand par R. Barrett, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, not. 1-31.

²¹⁷⁵ Les réglementations doivent être soumises à un processus de révision et de suivi scientifiques permanent. Pareille obligation découle formellement de l'article 95 § 3 du traité CE: la Commission agit « en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques ». Un bon exemple peut être emprunté au droit des nouveaux aliments. D'après la Recommandation de la Commission du 29 juillet 1997 concernant les aspects scientifiques de cette législation, « le domaine des nouveaux aliments est en plein essor. La science et la technologie font des progrès considérables et de nombreux pays et organismes internationaux élaborent actuellement des procédures et des lignes directrices concernant l'évaluation de l'innocuité des nouveaux aliments. Le SCF [comité scientifique de l'alimentation humaine] réexaminera les présentes recommandations à la lumière de l'expérience acquise à travers l'application des recommandations en vigueur et les nouvelles réalisations scientifiques dans ce domaine » (Recommandation de la Commission 97/618 du 29 juillet 1997, JOCE 1997, L 253/1, Annexe, § 6). Il s'agit là d'une recommandation générale (Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 17). En général, K.-H. LADEUR, *Towards a Legal Concept of the Network in European Standard-Setting*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 151-171.

communautaires; mais ce rapport ne se réduit pas à une appréhension de nature exclusivement économique. Le critère économique n'intervient que pour corriger les conséquences et les coûts excessifs que pourraient entraîner des procédures trop complexes; mais les paramètres à prendre en considération sont si complexes et variés que l'évaluation repose d'abord sur la collecte de données et des choix méthodologiques²¹⁷⁶.

C. Une régulation axée sur le consensus

739. La régulation sociale adopte pour projet de « *produire de l'innovation à travers la coopération* »²¹⁷⁷. Comme les décisions ne peuvent être fondées sur des critères sûrs, il faut établir des procédures pour réunir les compétences. Il ne s'agit plus, dans ce contexte, d'organiser une confrontation entre intérêts publics et privés. Il s'agit plutôt d'organiser des procédures de « *coopétition* », selon un néologisme utilisé dans l'entreprise pour désigner un mélange de coopération et de compétition. Dans ces procédures, les acteurs concernés conservent toute leur autonomie. L'intervention administrative consistera seulement à créer les conditions de la confiance et de la recherche du consensus. Les objectifs étant toujours évaluables d'un commun accord, il est de la nature des normes adoptées d'être *consenties*.

740. Les opérateurs autonomes demeurent toutefois sous la surveillance des « *autorités compétentes* », nationales et communautaires. Ce terme générique est courant dans tous les domaines de la régulation sociale. Il revêt à la fois le sens juridique d'attribution de pouvoir et le sens commun de maîtrise d'un savoir spécialisé. C'est que *l'autorité découle ici de la connaissance du milieu régulé*. Si les Etats perdent une partie de leurs *compétences souveraines*, ils acquièrent en même temps de nouvelles responsabilités au titre d'*autorités spécialisées* associées au processus de décision. Il est remarquable que la régulation sociale offre des gains d'autonomie non seulement aux opérateurs économiques mais aussi aux autorités étatiques. Certes, il ne faudrait pas confondre cette marge d'autonomie *opérationnelle* avec le principe d'autonomie *institutionnelle*, élément de l'équilibre général dégagé par la Cour²¹⁷⁸. La responsabilité se déplace ici clairement du niveau politique au niveau administratif²¹⁷⁹. Il arrive pourtant que la collaboration se transforme, sous la pression de pressions fortes, en négociation plus politique que technique.

²¹⁷⁶ Cf. Rapport de la Commission, *op. cit.*, COM(95) 624 final, 119.

²¹⁷⁷ D. JIMÉNEZ-BELTRÁN, *The European Environment Agency*, in *THE EC AGENCIES BETWEEN COMMUNITY INSTITUTIONS AND CONSTITUENTS: AUTONOMY, CONTROL AND ACCOUNTABILITY*, A. Kreher (ed.), EUI, RSC, Florence, 1998, 59-67.

²¹⁷⁸ Sur le principe d'autonomie institutionnelle, J. RIDEAU, *DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1999, 799 et ss.

²¹⁷⁹ D'où une promotion du style argumentatif au détriment de la négociation politique: « *Promoting this requirement entails that the preferences of delegates are not viewed as intrinsically legitimate reflections of the individuality and democratic nature of any Member State's preferences but only as governmental claims which attain their normative status by being convincing to other delegates* » (J. NEYER, *The Comitology Challenge to Analytical Integration Theory*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 234). 219-238.

741. Soit à cause de son attachement à l'Etat, soit parce qu'elle est peu sensible aux processus d'innovation, la doctrine du droit public classique est peu préparée à comprendre cette nouvelle forme de régulation²¹⁸⁰. Les recherches de H. Willke sur le rôle du droit dans une société complexe peuvent servir d'introduction à ces nouvelles pratiques²¹⁸¹. Ce qui distingue le droit ici, c'est qu'il n'est plus « au service de la politique faisant autorité, mais au service d'un accord entre acteurs autonomes au moyen d'un discours rationnel »²¹⁸².

²¹⁸⁰ Voy., en un autre sens, J. CAILLOSSE, *Le droit administratif contre la performance publique?*, AJDA, 1999, 195-211.

²¹⁸¹ Voir H. WILLKE, *Diriger la société par le droit?*, APD, n° 31, 1986, 189-212; du même auteur, *Le droit comme instrument de guidage néo-mercantiliste de l'Etat*, in *L'ÉTAT PROPULSIF. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, C.-A. Morand (éd.), Ed. Publisud, Paris, 1991, 95-106.

²¹⁸² H. WILLKE, *Le droit comme codage de la puissance publique*, Droits, n° 10, 1989, 113-116.

Chapitre II

L'ORDRE ADMINISTRATIF DE LA REGULATION SOCIALE

742. L'innovation est un terme ambigu en ce qu'il désigne à la fois « *un résultat* » et « *un processus* »²¹⁸³. L'innovation n'est pas seulement un produit ou une activité mais une méthode de production et d'action. Elle implique ainsi une rénovation de l'action publique. De manière générale, « le rôle des pouvoirs publics change de nature », « dans les Etats-membres comme au niveau communautaire » : « la promotion de l'innovation suppose la coordination et la mise en cohérence de nombreux acteurs... une place plus large à la consultation et au partenariat... le glissement de l'intervention d'instruments de soutien direct vers des instruments indirects... l'enceinte adéquate pour débattre... mener des évaluations... dans le respect du principe de subsidiarité »²¹⁸⁴.

743. Il est évident qu'un tel changement de l'action publique se prépare sur une longue période et qu'il ne se présente jamais sous une seule forme. Les instruments d'action classiques, qui peuvent être généraux, verticaux et directs, n'ont pas disparu. En certains cas, leur nécessité ne fait pas de doute²¹⁸⁵. Mais apparaissent aussi de nouveaux instruments. Au total, la panoplie des instruments s'est élargie²¹⁸⁶. Il s'agit à présent de « mobiliser la panoplie des instruments disponibles selon une approche coordonnée et mesurée et faciliter le dialogue, la formation du consensus »²¹⁸⁷ (I). Mais, à cette fin, de nouvelles formes institutionnelles sont nécessaires (II). Innovations normatives et institutionnelles posent alors à nouveau la question de la légitimité de l'action administrative (III).

SECTION I. LA MUTATION DES INSTRUMENTS NORMATIFS

744. Les instruments juridiques de la régulation sociale sont très nombreux et complexes. Il ne saurait être question d'une étude de détail²¹⁸⁸. Nous nous bornerons à des indications générales. Il

²¹⁸³ Ce point est bien noté par la Commission (*Livre Vert sur l'innovation*, COM(95) 688 final, 4).

²¹⁸⁴ Ibid., 50-51.

²¹⁸⁵ Ainsi, selon la Commission, « afin de garantir un niveau élevé de protection de la santé publique et des consommateurs, le secteur des denrées alimentaires est et continuera d'être fortement réglementé » (Commission des CE, *Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne*, COM (97), 176 final, 19). De même en matière d'environnement, « les instruments sectoriels ne sont pas appelés à disparaître (...). Déterminant objectifs de qualité, valeurs limites d'émission et normes de qualité environnementale, ils permettent à la politique communautaire de l'environnement d'atteindre le haut niveau de protection qui lui est imposé par le Traité... » (P. THIEFFRY, *op. cit.*, 242).

²¹⁸⁶ Cf. Commission des C.E., *VERS UN DEVELOPPEMENT SOUTENABLE. Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement*, JOCE 1993, C 138/11, Chap. VII.

²¹⁸⁷ Commission des C.E., *Livre Vert sur l'innovation*, COM(95) 688 final, 51.

²¹⁸⁸ Pour une étude comparative des justifications et de l'impact économique, sociologique et juridique des instruments de la régulation sociale, voy. A. OGUS, *REGULATION. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

nous appartient seulement de montrer que l'émergence de la régulation sociale a pour effet de provoquer une « mutation » significative des techniques normatives dans la Communauté²¹⁸⁹.

745. La première classification qui s'impose vient de l'étude de la régulation économique. On distingue ainsi classiquement les actes généraux, les décisions individuelles et les actes intermédiaires²¹⁹⁰ (I). Mais, ici, ils semblent tous être affectés d'un nouveau facteur de complexité. Tandis que la régulation économique repose sur des contrôles directs et des sanctions individualisées, la régulation sociale repose sur des échanges élargis d'informations et la recherche de consensus. Ce n'est pas une simple différence de degré: il y a dans la coopération de nombreux acteurs une autre nature que dans la négociation entre parties (II).

§ I. LA PLURALITE DES PROCEDURES

746. La technique réglementaire est très étoffée au niveau communautaire. Selon R. Perissich, « on peut très bien imaginer une hiérarchie des types d'intervention, commençant à la base par la reconnaissance mutuelle et allant jusqu'à l'harmonisation totale. Entre ces deux extrêmes existe une panoplie de types réglementaires déjà utilisés en droit communautaire, tels l'harmonisation optionnelle, l'harmonisation minimale, l'harmonisation "socle" avec la possibilité d'introduire des règles plus strictes (...) mais aussi l'encouragement d'accords volontaires dans le cadre d'une réglementation de type "nouvelle approche", etc. »²¹⁹¹. C'est à ce niveau intermédiaire qu'ont été développés la plupart des réglementations de la régulation sociale.

A. Les procédures normatives

747. Les normes générales résultent soit de l'adoption de directives sectorielles, soit de la normalisation. Les procédures normatives ont ainsi une double nature: d'adaptation ou d'homologation.

1. Les procédures d'adaptation

748. Traditionnellement, la directive est l'instrument privilégié. Mais ici, en règle générale, l'usage de directives détaillées n'a pas été poussé aussi loin qu'ailleurs, parce qu'on eût risqué de menacer les standards de protection les plus élevés dans la Communauté. Ainsi « le débat sur la subsidiarité et la dérégulation et la baisse générale de capacité d'intégration de la Communauté a conduit à des directives environnementales qui prévoient des règles générales, des mesures-cadres

²¹⁸⁹ Pour une étude générale de ces techniques, G. GAJA, P. HAY & R.D. ROTUNDA, *Instruments for Legal Integration in the European Community — A Review*, in *INTEGRATION THROUGH LAW. Europe and the American Federal Experience*, vol. 2, M. Cappelletti, M. Secombe & J. Weiler (eds.), Walter de Gruyter, Berlin, New York, Vol. 1, Book 2, 1986, 113-160.

²¹⁹⁰ Voir ainsi, en matière environnementale, L. KRAMER, *EC ENVIRONMENTAL LAW*, Sweet & Maxwell, London, 4th ed., 2000, 38-46.

²¹⁹¹ R. PERISSICH, *Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la Communauté dans les années à venir*, RMUE, 1992/1, 10.

et des exigences essentielles »²¹⁹². A y regarder de plus près, les directives sectorielles, que ce soit en matière environnementale ou en matière sanitaire, ont des traits communs: elles établissent des objectifs de qualité ou fixent des valeurs limites d'émissions, elles édictent des normes de procédé ou des méthodes d'analyse, elles instaurent des dispositifs de surveillance; soit elles interdisent soit elles soumettent à autorisation préalable.

749. De nombreux dispositifs réglementaires sont à présent en cours *d'adaptation*. Désormais, les propositions communautaires visent pour une bonne part à l'actualisation et l'adaptation technique de la législation en vigueur ou à la mise au point de directives-cadres, pour tenir compte de l'interdépendance des différents phénomènes, domaines et acteurs du secteur en cause²¹⁹³. De là l'adoption de réglementations de type « procédural », qui appréhendent un grand nombre d'objets hétéroclites et offrent aux intéressés, publics et privés, une grande part de responsabilité. La directive sur la prévention intégrée de la pollution ainsi que la proposition de directive sur l'eau et la directive sur la dissémination des OGM dans l'environnement en fournissent les exemples les plus remarquables²¹⁹⁴.

2. Les procédures d'homologation

750. La Commission entend aujourd'hui donner à la normalisation une nouvelle efficacité: elle doit être à la fois plus européenne et plus innovante²¹⁹⁵. De manière générale, la normalisation permet de donner plus de souplesse et de flexibilité aux techniques législatives²¹⁹⁶. A côté d'une coopération verticale, elle organise « un modèle de coopération "horizontale" entre les pouvoirs publics communautaires et des organismes privés spécialisés extérieurs »²¹⁹⁷. Elle élargit le cadre réglementaire en introduisant une procédure qui s'apparente à une *homologation*. La procédure comprend trois étapes. Il s'agit d'abord une procédure formelle d'élaboration conclue par le vote d'approbation des membres de l'organisme de normalisation; une fois la norme approuvée, elle est mise à disposition du public; elle est dès lors réputée exister, mais sa valeur juridique

²¹⁹² L. KRÄMER, *op. cit.*, 41.

²¹⁹³ Voir Communication de la Commission, *L'environnement en Europe: quelles orientations pour l'avenir? Evaluation globale du programme de politique et d'action en matière d'environnement et de développement durable* intitulé « Vers un développement soutenable », COM (1999) 543 final, 18.

²¹⁹⁴ Directive 96/61 du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, JOCE 1996, L 257/26; v. également la Proposition de Directive du Conseil instituant un cadre pour l'action communautaire dans le domaine de l'eau, présentée par la Commission, COM(97) 49 final: la directive-cadre a pour principaux objectifs de fournir un « cadre général au sein duquel les autorités communautaires, nationales et régionales peuvent définir des politiques intégrées et cohérentes »; établir une « base saine pour la collecte et l'analyse de grandes quantités d'information »; instituer « la transparence » ainsi que « la consultation du public »; voy. également Directive 90/220 du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOCE 1990, L 117/15.

²¹⁹⁵ Cf. Document de travail de la Commission, *RECHERCHE ET NORMALISATION. Amélioration de la prise en compte de la dimension prénormative dans les programmes de recherche communautaire. en vue de favoriser la croissance durable, la compétitivité et l'interopérabilité des produits et services issus de la recherche*, COM(1998) 31 final; Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291.

²¹⁹⁶ J. McMILLAN, *Qu'est-ce que la normalisation?*, RMC, 1985, 94.

²¹⁹⁷ F. PERALDI-LENEUF, *LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE D'HARMONISATION TECHNIQUE ET DE NORMALISATION. Etude d'une nouvelle modalité de régulation*, Thèse Droit, Strasbourg, 1996, 10.

dépendra d'une publication ultérieure au JOCE. Cette dernière étape peut être regardée comme un « acte d'homologation », que l'on définit alors comme la « reconnaissance publique » d'un objet préexistant²¹⁹⁸.

B. Les procédures individuelles

751. Elles sont nombreuses, d'inégale importance, et ont pour trait commun d'avoir une organisation *complexe*. Dans ces procédures se superposent en effet plusieurs niveaux de décision, national et communautaire. On peut distinguer trois grandes catégories: *l'enregistrement*, *l'autorisation* et *la subvention*. L'enregistrement est facultatif alors que l'autorisation préalable engage la légalité du produit ou de l'activité qui lui est soumis²¹⁹⁹. Le régime de l'autorisation préalable est fréquemment utilisé dans les secteurs sensibles de la santé et de l'environnement. En matière sanitaire, le secteur de la biotechnologie (OGM) et le secteur des médicaments en fournissent les meilleurs exemples. L'agence européenne pour l'évaluation des médicaments a été créée à cette fin. En matière environnementale, les autorisations sont nombreuses et décentralisées²²⁰⁰. Selon un schéma général, le pouvoir de décision échet de plein droit aux autorités nationales compétentes sous le contrôle de la Commission, qui organise la coordination avec les autres Etats membres. En accordant l'autorisation, il appartient à l'autorité nationale de prendre en compte les critères fixés par la réglementation communautaire. Le même schéma s'applique aux nombreuses procédures d'allocation de fonds visant à financer des projets conformes aux objectifs de la Communauté²²⁰¹.

C. Les procédures intermédiaires

752. Dans la dernière catégorie peuvent être rangés toute une série d'instruments hétérogènes. En général, ils se rapprochent de *l'autoréglementation*. Leur objet est moins d'imposer que d'inciter les groupes concernés et leurs membres à adopter des comportements conformes aux objectifs du traité²²⁰². Cette catégorie regroupe l'ensemble des instruments volontaires, qui prennent une place croissante en droit de l'environnement²²⁰³. A cause de la sensibilité du secteur

²¹⁹⁸ Pour une tentative de définition et de théorie générale, C. FARDET, *La notion d'homologation*, Droits, 1999, 181-192.

²¹⁹⁹ A. OGUS, *op. cit.*, 214-215. Le système de la marque communautaire repose sur l'enregistrement (Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JOCE 1994, L 11/1). En matière alimentaire, une procédure d'enregistrement est décrite par R. PELLICER, *Les premiers pas d'une politique de défense de la qualité des denrées alimentaires. La nouvelle réglementation sur les spécificités, les appellations d'origine et les dénominations géographiques*, RMUE, 1992/4, 127-163.

²²⁰⁰ G. WINTER, *On the Effectiveness of the EC Administration: The Case of Environmental Protection*, CMLR, 1996, 689-717; L. KRÄMER, *op. cit.*, 47.

²²⁰¹ L. KRÄMER, *op. cit.*, 50-51. Nous pouvons les rapprocher de l'organisation complexe des procédures douanières et de gestion du Fonds social européen, étudiées dans la première partie de l'étude.

²²⁰² Voir, en général, A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in *A READER ON REGULATION*, R. Baldwin, C. Scott, C. Hood (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1998, 374-388; E. STEYGER, *European Community Law and the Self-Regulatory Capacity of Society*, JCMS, 1993, 171-190.

²²⁰³ A côté des accords volontaires (Communication de la Commission concernant les accords dans le domaine de l'environnement, COM(96) 561 final), il faut mentionner les procédures d'études d'impact, de prévention intégrée de la pollution, d'éco-label et d'audit communautaire, qui comportent toutes, à des degrés divers, une *nature mixte*: auto-évaluation des acteurs privés concernés, surveillance des autorités publiques compétentes;

sanitaire, les instruments économiques y sont moins facilement accueillis²²⁰⁴. Mais les instruments de divulgation de l'information connaissent partout une forte progression.

§ II. L'INFORMATION, MODE GENERAL DE REGULATION

753. Il ne faut pas se représenter ces techniques comme étant indépendantes les unes des autres; elles constituent différents procédés d'une même stratégie; c'est ainsi d'ailleurs qu'elles sont efficaces. L'essentiel du travail de la Commission porte donc sur l'élaboration de combinaisons adaptées à chaque objet et à chaque contexte particulier. C'est à un « *pluralisme réglementaire* » qu'elle s'attache²²⁰⁵. Mais les différentes formes de la procédure n'offrent jamais qu'un double rôle fondamental à l'administration: *établir des priorités* et des lignes directrices; *organiser la surveillance* et l'évaluation des processus en cours.

754. Suivant un premier axe, les mesures d'intervention de la Communauté peuvent être réparties « selon une dimension contrainte/liberté, de la réglementation à l'action volontaire »²²⁰⁶. A une extrémité, une activité ou un produit à risque devra faire l'objet d'une procédure contraignante d'autorisation. A l'autre bout du spectre, il suffira de prendre des mesures pour divulguer des informations et stimuler certains comportements. A un niveau intermédiaire, les techniques édictant des critères généraux de protection permettront à une activité de se développer sans contrôle préalable, mais toute activité entreprise en violation de ces critères sera prohibée²²⁰⁷. Suivant un second axe, elles sont rangées selon le degré de formalisme de la procédure suivie. Tantôt la procédure suivie sera très formalisée: ainsi de l'enregistrement des marques; tantôt le formalisme sera réduit: ainsi de l'autorisation des médicaments. Il ne faut pas confondre ces deux axes. Dans tous les cas, ces politiques, par la variété d'instruments mis en œuvre, forment un « *système complexe* ».

755. Les effets qu'une telle mutation est susceptible d'entraîner sont encore mystérieux. Le déclin du droit contraignant ne met-il pas en cause l'effectivité des objectifs poursuivis? La réponse n'est pas tranchée²²⁰⁸. Dans ce système, la sanction n'est plus le procédé central. On privilégie l'information et l'évaluation. Cela ne signifie pas que les contrôles sont exclus. Dans une certaine mesure, ils tendent même à se développer. Mais ils sont plutôt d'ordre préventif. Au

contrôle de la Commission et de ses comités. Ces procédures seront évoquées dans le chapitre suivant (Sur le détail de ces instruments fondés sur les mécanismes de marché, v. P. THIEFFRY, *DROIT EUROPEEN DE L'ENVIRONNEMENT*, Dalloz, Paris, 1998).

²²⁰⁴ Cf. Livre vert de la Commission des CE, *Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne*, COM (97), 176 final, 15.

²²⁰⁵ Cf. N. GUNNINGHAM & D. SINCLAIR, *Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection*, Law & Policy, 1999, 51-76.

²²⁰⁶ J.-C. PADIOLEAU, *L'ETAT AU CONCRET*, PUF, Paris, 1982, 82.

²²⁰⁷ Bien sûr, le degré de contrainte dépendra du type de critère retenu (A. OGUS, *REGULATION. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, not. 121-126).

²²⁰⁸ Pour un bilan critique de la mise en œuvre du Cinquième programme sur l'environnement, L. LAVRYSEN, *Good intentions and less good results: the five environmental action programmes and their translation into secondary legislation*, RAE, 1999, 298-323; pour une vue différente, faisant preuve d'un « optimisme modéré », Rapport de la Commission, *op. cit.*, COM(95) 624 final.

contrôle direct et centralisé de la police économique, la régulation sociale substitue des inspections et des contrôles coordonnés et décentralisés, voire l'autocontrôle²²⁰⁹. Au contrôle sont appelés à participer les intéressés eux-mêmes, les autorités nationales et communautaires compétentes, enfin les autorités juridictionnelles nationales²²¹⁰.

756. Ce changement a pour conséquence un accroissement des ressources administratives dans la Communauté, non seulement au niveau communautaire mais surtout au niveau national. Reste que « l'amélioration et la coordination de l'information devrait conduire à un meilleur rapport coût-efficacité des opérations administratives (économies d'échelle) »²²¹¹. Les ressources qu'il s'agit de mobiliser sont principalement d'ordre technique et informatique. *L'information est devenue un mode général de régulation*. Sans doute le savoir a-t-il toujours joué un rôle dans les rapports de pouvoir²²¹². Mais ce qui frappe ici, c'est la variété et l'importance des modes d'intervention de l'information au sein de l'action administrative²²¹³. L'information est rare. Elle n'est pas directement accessible aux autorités compétentes. C'est pourquoi elle doit circuler: la circulation est à la fois transversale et verticale. Elle n'est pas seulement détenue; elle est collectée, traitée et échangée. Ce n'est pas un hasard si « l'échange d'informations, leur communication à la Commission pour traitement et pour diffusion, sont probablement les dispositions accessoires les plus répandues dans les mesures sectorielles comme dans les réglementations transversales du droit européen de l'environnement »²²¹⁴. Ainsi se justifie la création de l'Agence européenne pour l'environnement²²¹⁵ comme d'ailleurs la création de la future Autorité alimentaire européenne²²¹⁶.

²²⁰⁹ Dans le domaine alimentaire, « le CES partage l'opinion de la Commission selon laquelle la meilleure méthode pour faire de la législation relative à l'hygiène alimentaire un ensemble cohérent serait d'appliquer les principes HACCP [système d'autocontrôle qui signifie « Hazard Analysis and Critical Control Points »: analyse des risques et maîtrise des points critiques] et de limiter les dispositions normatives détaillées aux cas pour lesquels elles apparaissent indispensables » (Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, 3.3.3.2.).

²²¹⁰ Cf. Commission des C.E., *Proposition de décision du Conseil relative à la signature par la Communauté européenne de la convention CEE/NU sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement*, COM(1998), 344 final; Commission des C.E., *Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique*, COM(93) 573 final.

²²¹¹ En ce sens par ex., Proposition de Directive présentée par la Commission, *op. cit.*, COM(97) 49 final, 24.

²²¹² Cf. J. RIDEAU, *Jeux d'ombres et de lumières en Europe*, in *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE. Mythe ou principe juridique?*, J. Rideau (éd.), LGDJ, Paris, 1998, 2.

²²¹³ Notons que la Communauté dispose déjà d'un programme général d'échanges de données avec les administrations nationales, dénommé IDA (JOCE 1995, L 269/23). Sur la nécessité d'une théorie de l'administration à la mesure de l'importance prise par l'information, K. LENK, *Elements d'une théorie de l'action administrative fondée sur le concept d'information*, in *SAVOIR INNOVER EN DROIT. Concepts, outils, systèmes. Hommage à Lucien Mehl*, La Documentation française, Paris, 1999, 67-76.

²²¹⁴ P. THIEFFRY, *op. cit.*, 143.

²²¹⁵ Il s'agit de « combler le déficit informationnel en matière d'environnement » (Rapport de la Commission, *op. cit.*, COM(95) 624 final, 107; v. Règlement 1210/90, JOCE 1990, L 120/1, tel que modifié par le Règlement n° 933/1999, JOCE 1999, L 117/1); v. P. BOURDEAU, *L'Agence Européenne de l'Environnement ou l'information comme instrument de politique environnementale*, RAE, 1999, 444-447. Cet organe est un cas remarquable de « régulation par l'information » (G. MAJONE, *The new European agencies: regulation by information*, JEPP, 1997, 262-275). On assiste là à une application d'une administration adaptée à un monde en réseau. D'après le Préambule du Règlement 1210/90, il s'agit de constituer « un réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement ». Pour un plaidoyer en faveur de l'élargissement des compétences de l'Agence, K.-H.

SECTION II. LA DYNAMIQUE INSTITUTIONNELLE DE LA REGULATION

757. Reste donc à trouver des instances capables de rechercher le consensus, préserver l'autonomie et assurer la coordination des acteurs concernés. L'élaboration de normes en matière de santé et d'environnement et les nécessités du contrôle de ces normes requièrent la mise en place de « mécanismes institutionnels spécifiques »²²¹⁷. Elles provoquent « une dynamisation du droit »²²¹⁸ (I). Les comités (II), les agences et les organes privés de normalisation sont le produit de cette dynamique (III). Il est vrai que leur création n'est pas uniquement liée à la croissance de la régulation sociale. Mais les politiques de la régulation sociale en ont révélé l'importance²²¹⁹.

§ I. DELEGATION ET EXECUTION

758. Si la régulation économique se caractérise par l'importance du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration, la régulation sociale se caractérise par un usage intensif de la technique de la délégation. La délégation se distingue de la discrétion en ce que son principe réside moins dans l'octroi d'une liberté d'action que dans un transfert d'autorité²²²⁰. En théorie, la distinction est fondée. En pratique, on admet volontiers que les deux notions se confondent. Il s'agit pour nous de savoir si cette technique pose des problèmes juridiques particuliers au sein de la régulation sociale. Pour répondre à la question, une comparaison avec le domaine de la régulation économique s'avère utile.

A. Le régime de la délégation

759. De manière générale, les dispositions du traité ne sont pas appropriées pour fonder l'exercice d'une activité administrative. En effet, « le principe des compétences d'attribution

LADÉUR, *The New European Agencies. The European Environment Agency and Prospects for a European Network of Environmental Administrations*, EUI, WP RSC, 96/50, Florence, 1996. Au terme des modifications adoptées par le Règlement 933/1999, ses fonctions sont élargies, dans une mesure limitée cependant: on craint toujours qu'une extension trop importante de ses pouvoirs entraîne les résistances des Etats membres. Même sous la forme actuelle, on ne saurait la réduire à une instance de collecte de l'information. Son rôle est décisif dans la l'analyse et la formulation des problèmes relatifs à la politique de l'environnement.

²²¹⁶ L'un des rôles principaux de la future Autorité alimentaire serait de contribuer à l'information des consommateurs (Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM (1999) 719 final, 4). Il existe déjà en matière alimentaire des dispositions assurant la circulation et la coordination des informations (JOCE 1993, L 52/18; JOCE 1994, L 189/84).

²²¹⁷ En ce sens, M. FALLON, *op. cit.*, 507.

²²¹⁸ V. EICHENER, *op. cit.*, 12.

²²¹⁹ Cf. C. JOERGES, *Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 3-17.

²²²⁰ Cf. K. LENAERTS, *Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community*, ELR, 1993, 23-49.

concerne en principe le pouvoir législatif communautaire »²²²¹. Aussi, les pouvoirs d'exécution reposent en général sur des actes de droit dérivé. La règle générale est que les compétences de la Commission sont conférées par des règlements d'application adoptés par le Conseil. C'est le cas en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. On sait que les règlements du Conseil accordent en ce domaine des pouvoirs de gestion étendus à Commission. En certains cas, ce pouvoir s'étend jusqu'au droit d'adopter des règles générales²²²². Au sein de la régulation économique, la Commission, tenant son modèle de la Haute Autorité de la CECA et sa fonction directement du traité, dispose d'un pouvoir général et autonome de décision²²²³. La délégation emporte avec elle un large pouvoir discrétionnaire. Les limites d'un tel pouvoir ne se trouvent plus dans l'acte de délégation. C'est le contrôle juridictionnel qui pratiquement en est chargé.

760. Ce modèle est particulier au droit économique. Théoriquement, il serait utile de distinguer entre l'« *attribution de compétence exécutive* », proche d'un domaine réservé, comme en droit économique, et la « *délégation de pouvoirs législatifs* »²²²⁴. Dans les autres matières du droit communautaire, la règle est que l'administration communautaire ne dispose d'aucun pouvoir autonome et qu'elle tient tous ses pouvoirs de délégations *spécifiques et ponctuelles* du Conseil. Dès lors, la question de l'exécution "administrative" devient indissociable de celle de la nature et de l'étendue d'une délégation "législative". Tel est le jeu de l'article 211 selon lequel « *la Commission exerce les compétences que lui confère le Conseil pour l'exécution des règles qu'il établit* ». Il est vrai que, depuis l'Acte unique, l'exercice des compétences pour l'exécution des dispositions de base appartient en principe à la Commission, sous réserve de « cas spécifiques » motivés de manière circonstanciée par le Conseil. Mais le mécanisme de délégation de pouvoirs demeure. Si bien qu'aucune obligation formelle de délégation ne pèse sur le Conseil²²²⁵. On peut tout au plus voir dans le traité une « *présomption* », voulant que le Conseil délègue à la Commission le pouvoir d'exécution²²²⁶.

761. C'est justement en matière de concurrence que la Cour a établi le régime de la délégation. Bien que l'ex-article 87 [83] attribue au Conseil la mission d'arrêter « tous règlements et directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 » [81 et 82], la

²²²¹ D. TRIANTAFYLLOU, *DES COMPETENCES D'ATTRIBUTION AU DOMAINE DE LA LOI. Etude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 12.

²²²² En effet, le pouvoir de décision propre dont bénéficie la Commission dans certains secteurs, s'il est limité par la nécessité d'accomplir, d'une manière efficace, les objectifs que lui assigne le traité, ne diffère pas de celui qui est reconnu au Conseil par l'article 202 du traité (ex-art. 145). En ce sens dans le domaine de l'article 86 § 3 (90 § 3) application des règles de concurrence aux entreprises publiques ou chargées de la gestion de service d'intérêt économique général, CJCE, 6 juillet 1982, *France, Italie et Royaume-Uni/Commission*, aff. jtes 188 à 190/80, pts 6 à 14, Rec. 2573-2575).

²²²³ Art. 85 CE (pratiques anticoncurrentielles); Art. 86 (entreprises publiques); Art. 88 CE (aides étatiques). Cf. J. RIDEAU, *DRIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1999, 616-617.

²²²⁴ Sur cette distinction, mais en un sens différent, D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, 280-282.

²²²⁵ En ce sens, Y. GAUTIER, *LA DÉLÉGATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1995, 380; D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, 310.

²²²⁶ Tel est l'avis de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Allemagne/Commission* (C-240/90), § 36, [1992] I-5417.

Cour exclut toute interprétation de ce régime qui en bornerait l'application à une simple mise en œuvre matérielle:

« qu'on ne saurait en déduire qu'il serait interdit au Conseil de conférer à la Commission le pouvoir de prendre les mesures réglementaires qui seraient nécessaires pour l'exécution des règles qu'il aurait adoptées dans le cadre de sa mission; que l'article 155 du traité, qui prévoit l'attribution à cet effet de compétences à la Commission par le Conseil, ne limite pas cette habilitation aux compétences non réglementaires. »²²²⁷

Si ce régime doit être d'application générale, il reste à établir une autre distinction. Elle sera précisée quelques mois plus tard:

« tant le système législatif du traité, reflété notamment par l'article 155, dernier tiret, que la pratique constante des institutions communautaires établissent, conformément aux conceptions juridiques reçues dans tous les Etats membres, une distinction entre les mesures qui trouvent directement leur base dans le traité même et le droit dérivé destiné à assurer leur exécution. »²²²⁸

Remarquons que cette distinction entre "actes de base" et "actes d'exécution" n'établit pas de distinction formelle entre deux fonctions indépendantes, l'une législative et l'autre exécutive. Mais le système législatif se trouve, en quelque sorte, dédoublé au terme d'une répartition rationnelle des tâches: au Conseil appartient en principe la conception, compétence d'arrêter « les éléments essentiels de la matière à régler », à la Commission revient l'exécution, compétence d'assurer la gestion permanente et la surveillance du régime communautaire en cause²²²⁹. L'explication de ce fait peut être cherchée d'une part dans la confusion initiale des fonctions, qui permet au Conseil de se réserver un pouvoir d'exécution²²³⁰, d'autre part dans la répartition initiale des compétences, qui réserve aux Etats la compétence d'exécution administrative des règles communautaires. Il en résulte que le Conseil ne délègue pas à proprement parler le pouvoir exécutif; mais il précise les cas dans lesquels la législation nécessite une exécution au niveau communautaire²²³¹. On s'explique ainsi que la Cour reconnaisse à la Commission, même dans ses compétences d'exécution, le statut contentieux de « législateur communautaire ».

B. Les pouvoirs de la Commission

²²²⁷ CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, aff. 41/69, pts 61 et 62, Rec. 690.

²²²⁸ CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster*, aff. 25/70, pt 6, Rec. 1172.

²²²⁹ « Les propositions de la Commission sont l'expression d'une politique arrêtée par elle dans la seule considération de l'intérêt commun de l'ensemble de la Communauté. La permanence de la Commission pendant la durée de son mandat assure la continuité de cette politique et le Conseil ne peut se prononcer que sur les textes de la Commission qui font entrer cette politique dans les faits » (G. ISAAC, *DROIT COMMUNAUTAIRE GENERAL*, Armand Colin, Paris, 6ème éd., 1998, 55).

²²³⁰ Article 202 CE.

²²³¹ Et, en ce sens, « *Strictly speaking, the Community legislature does not delegate any implementing powers to the Commission - the Commission has those powers already by virtue of the EC Treaty itself - but determines the cases in which the Commission may act in an implementing capacity (i.e. the requirement for a legal basis), and lays down the procedural framework for implementation* » (K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the E.U.? The Contribution of the New Comitology Decision*, CMLR, 2000, 653).

762. A cela on peut voir deux conséquences. Il s'ensuit d'abord que la Commission dispose de larges pouvoirs d'appréciation dans la détermination des modalités d'application²²³². Notons que c'est en matière de politique agricole commune que cette règle a été posée. Les limites des pouvoirs d'exécution doivent être appréciées en fonction des objectifs généraux essentiels de la législation en cause²²³³. Ainsi doit être approuvée la faculté d'établir des dérogations²²³⁴, voire des sanctions²²³⁵, ou des mesures d'application qui, bien qu'elles ne soient pas prévues par le règlement de base, sont nécessaires au fonctionnement du régime communautaire²²³⁶, et même des mesures d'urgence exigées par la situation et conforme aux objectifs communautaires²²³⁷. La Commission peut aller jusqu'à amender un acte si celui-ci l'y autorise²²³⁸. Est-ce à dire que, partie du système législatif, ces pouvoirs seraient exclusivement normatifs? La notion d'exécution, au sens de l'article 202, « *comprend tout à la fois l'élaboration de règles d'application et l'application de règles à des cas particuliers par le moyen d'actes à portée individuelle. Le traité utilisant le terme "exécution" sans le restreindre par une précision additionnelle, ce terme ne saurait être interprété comme excluant les actes individuels* »²²³⁹. C'est dire que la notion d'exécution doit être interprétée largement.

763. Seconde conséquence, cependant: pour qu'une telle délégation soit valable, « elle doit être suffisamment précise, en ce sens que le Conseil doit indiquer clairement les limites de la compétence conférée à la Commission »²²⁴⁰. Il a pourtant été jugé que le Conseil peut déléguer à la Commission le pouvoir général d'arrêter des modalités d'application « sans avoir à préciser les éléments essentiels des compétences délégués et que, pour ce faire, une disposition rédigée dans des termes généraux fournit une base d'habilitation suffisante »²²⁴¹. L'équilibre à tenir apparaît donc délicat²²⁴². Etant "législateur subordonné", la Commission doit en tout état de cause respecter les « éléments essentiels de la matière qui ont été fixés dans le règlement de base » par

²²³² CJCE, 14 mars 1973, *Westzucker/Einfuhr- und Vorratsstelle Zucker*, aff. 57/72, pts 7 et 8, Rec. 338; 30 octobre 1975, *Rey Soda/Cassa Conguaglio Zuccherero*, aff. 23-75, pts 10 et 11, Rec. 1301.

²²³³ CJCE, 11 mars 1987, *Van der Bergh en Jurgens/Commission*, aff. 265/85, pt 14, Rec. 1173.

²²³⁴ CJCE, 27 septembre 1979, *Eridiana/Ministre de l'agriculture et des forêts*, aff. 230/78, pts 7 à 13, rec. 2765-2766.

²²³⁵ CJCE, 27 octobre 1992, *Allemagne/Commission*, C-240/90, pts 36 à 39, I-5434.

²²³⁶ CJCE, 17 novembre 1995, *Pays-Bas/Commission*, C-478/93, pt 32, I-3107.

²²³⁷ CJCE, 4 février 1997, *Belgique et Allemagne/Commission*, aff. jtes C-9/95, C-23/95 et C-156/95, pts 40 et 41, I-681.

²²³⁸ CJCE, 18 novembre 1975, *CAM/Commission*, aff. 100-74, pts 26 à 28, Rec. 1404.

²²³⁹ CJCE, 24 octobre 1989, *Commission/Conseil*, aff. 16/88, pt 11, Rec. 3485. Cette affaire concerne le domaine sensible du budget. Notons que, pour les besoins de la cause, la Commission développait une conception reposant sur une distinction entre exécution normative (législation et mesures générales) et exécution gestionnaire (administration et application des règles générales aux situations individuelles) laquelle serait soustraite au régime de l'ex-article 145 [202].

²²⁴⁰ CJCE, 5 juillet 1988, *Central- Import Münster/Hauptzollamt Münster*, aff. 291/86, pt 13, Rec. 3706.

²²⁴¹ CJCE, 27 octobre 1992, *Allemagne/Commission*, C-240/90, pt 41, I-5435.

²²⁴² A. TÜRK souligne la contradiction s'agissant de deux jurisprudences rendues dans le domaine agricole (*Case Law in the Area of the Implementation of EC Law*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (ed.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 178-178 (160-192).

le “législateur principal”²²⁴³. Si une ligne précise apparaît malaisée à tracer, c’est que *tout dépendra, en définitive, de la matière à réglementer et de l’objectif poursuivi*. La discrétionnalité découlant de la nécessité de « suivre de manière constante et attentive l’évolution des marchés agricoles et d’agir avec l’urgence que requiert la situation »²²⁴⁴ cessera dès lors que le législateur principal a réglementé la matière de manière exhaustive²²⁴⁵.

764. De quelle nature est donc la compétence d’exécution en matière de régulation sociale? Quelle marge de manœuvre doit être reconnue à la Commission? Il est évident qu’elle ne saurait jouir du pouvoir discrétionnaire de nature “politique” dont elle bénéficie en matière agricole²²⁴⁶, car sa compétence en ces matières repose sur le principe de subsidiarité. Reste qu’il faut conférer à la Commission des compétences d’exécution « lui permettant d’adapter ces dispositions à la lumière du dernier état de la connaissance technique » et scientifique²²⁴⁷. On peut ainsi lui reconnaître le bénéfice d’un large pouvoir d’appréciation, qui n’est plus exclusivement “politique” mais “technique”.

§ II. DELEGATION ET COMITES

765. En toute hypothèse, la garantie la plus sûre contre l’attribution de pouvoirs d’exécution étendus à la Commission, qu’ils soient politiques ou techniques, est la mise en place de procédures de comités²²⁴⁸.

766. Dès 1961, « lorsqu’il a fallu mettre en place la politique agricole commune, les institutions communautaires se sont trouvés face à une alternative. Soit le Conseil arrêtait un corps de règles extrêmement détaillé en ne laissant à la Commission que le soin d’appliquer matériellement ou administrativement la réglementation, soit il se contentait d’arrêter les règles de base, à charge pour la Commission, d’en assurer l’exécution mais selon une *procédure*

²²⁴³ CJCE, 13 juillet 1995, *Parlement/Commission*, C-156/93, pt 18, I-2047; CJCE, 18 juin 1996, *Parlement/Conseil*, pt 23, I-2969.

²²⁴⁴ CJCE, 11 mars 1987, *Van der Bergh en Jurgens/Commission*, aff. 265/85, pt 14, Rec. 1173.

²²⁴⁵ CJCE, 24 février 1988, *France/Commission*, aff. 264/86, pts 19 à 23, Rec. 998; CJCE, 29 juin 1989, *Vreugdenhil e.a./Minister van Landbouw en Visserij*, aff. 22/88, pt 16, Rec. 2080; CJCE, 19 novembre 1998, *Portugal/Commission*, C-159/96, pts 42 à 50, I-7416-7418.

²²⁴⁶ Ce pouvoir découle directement du caractère instrumental de la politique agricole commune, orientée vers l’intégration des marchés (R. BARENTS, *THE AGRICULTURAL LAW OF THE EC. An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, Kluwer, Deventer, 1994, 382).

²²⁴⁷ Conclusions de l’avocat général Jacobs présentées le 8 juin 1994 dans l’affaire *Allemagne/Commission*, § 33, Rec. [1994] I-3692-3693. Cette affaire concerne la directive 92/59/CEE du Conseil relative à la sécurité générale des produits, adoptée au titre de l’article 100 A du traité, en tant qu’élément du programme communautaire de mise en place du marché intérieur. En ce domaine, le Conseil dispose-t-il de la compétence de déléguer à la Commission le pouvoir d’arrêter des règles et de prendre des décisions individuelles? En principe, l’article 100 A [95] réserve l’application des règles aux cas individuels à la compétence des autorités nationales (§ 36, I-3693). Il doit cependant être reconnu à la Commission, en vertu de ce besoin d’adaptation, les pouvoirs délégués d’appliquer la directive à un produit ou de prendre des mesures individuelles concernant ces produits (CJCE, 9 août 1994, *Allemagne/Commission*, C-359/92, pts 37 à 39, I-3712).

²²⁴⁸ CJCE, 29 février 1996, *France et Irlande/Commission*, aff. jtes C-296/93 et C-307/93, pt 22, I-840; D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, 292.

particulière prévoyant l'intervention de *comités* »²²⁴⁹. Aussitôt après avoir été introduite, la légalité de la procédure du comité de gestion, qui constitue la règle commune dans ce domaine, fut contestée. A l'argument selon lequel la procédure du comité de gestion « constituerait une ingérence dans le droit de décision de la Commission, au point de mettre en cause l'indépendance de cette institution » et, « pour le surplus, (...) aurait pour effet de fausser les rapports interinstitutionnels », la Cour a répondu que « la procédure dite "du comité de gestion" fait partie des modalités auxquelles le Conseil peut, légitimement, subordonner une habilitation de la Commission »²²⁵⁰. Le fait est que « le comité de gestion a pour fonction d'assurer une consultation permanente afin d'*orienter* la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le Conseil et de permettre à celui-ci de substituer son action à celle de la Commission ». Il s'ensuit que « le comité n'a (...) pas le pouvoir de prendre une décision aux lieu et place de la Commission »; au contraire, « sans fausser la structure communautaire et l'équilibre institutionnel, le mécanisme du comité de gestion permet au Conseil d'attribuer à la Commission un pouvoir d'exécution d'une *étendue appréciable*, sous réserve d'évoquer éventuellement la décision »²²⁵¹.

767. Parce que le comité ne dispose pas du pouvoir de décision, « il n'y a pas subordination de la Commission au comité ». L'équilibre institutionnel est préservé parce que la procédure de comité se range « entre la mise en œuvre autonome par la Commission et la mise en œuvre par le Conseil lui-même »²²⁵². Cette procédure réintègre donc au cœur de la fonction exécutive, partagée, le sens d'une dynamique relationnelle. Cette dynamique se concrétise par la coopération entre les administrations intéressées. C'est ce trait qui sera exploité par les comités de la régulation sociale. De la sorte, les procédures de comités impriment à la fonction exécutive communautaire un caractère à la fois *coopératif* et *administratif*.

§ III. DELEGATION, AGENCES ET ORGANES DE NORMALISATION

768. Tous les auteurs s'accordent aujourd'hui pour admettre l'impossibilité de s'en tenir à un seul principe de délégation en droit communautaire²²⁵³. L'émergence de la régulation sociale donne lieu à une prolifération de nouveaux organes de nature administrative. On conviendra aisément que le phénomène de la délégation constitue l'une des caractéristiques les plus

²²⁴⁹ Y. GAUTIER, *LA DELEGATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1995, 395.

²²⁵⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster*, aff. 25-70, Rec. 1172.

²²⁵¹ Ibid., Rec. 1173 (nous soulignons).

²²⁵² K. LENAERTS & P. VAN NUFFEL, *CONSTITUTIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION*, R. Bray (ed.), Sweet & Maxwell, London, 1999, n° 10-053.

²²⁵³ Un certain nombre de distinctions sont indispensables. Plusieurs ont été proposées. En toute hypothèse, il convient d'abord de distinguer entre délégation de pouvoir et délégation de signature (M. TORELLI, *Les « habilitations » de la Commission des Communautés européennes*, RMC, 1969, 465-472). Parmi les délégations de pouvoir, K. LENAERTS propose de distinguer entre délégation interne au processus exécutif, délégation à un organe international, et délégation à des organes tiers (*op. cit.*, 23-49). Y. GAUTIER distingue, au niveau communautaire, entre la délégation inter-institutionnelle, la délégation intra-institutionnelle et la délégation à des « organismes », internes ou externes (*op. cit.*, 340 et ss.).

principales de la Communauté, au stade actuel de son développement²²⁵⁴. De plus en plus, les institutions communautaires sont obligées de reconnaître l'impossibilité de traiter des problèmes dont elles ont la charge dans le seul cadre institutionnel défini par le traité. Au fur et à mesure des besoins sont ainsi créés des organes subsidiaires, dont la composition, les compétences et les pouvoirs sont déterminés par le degré de coopération requis dans chaque secteur d'activité. Il s'agit donc d'un phénomène polymorphe, comparable au phénomène de multiplication des consultations au sein de l'Etat moderne²²⁵⁵, dont l'existence se traduit par une multitude d'organes particuliers, mais assez général et apparent pour être reconnu aujourd'hui dans sa réalité globale.

769. Comment faire entrer ce phénomène dans la structure institutionnelle communautaire? A s'en tenir à l'approche *constitutionnelle* classique des Communautés européennes, cela peut sembler difficile. Si on ne peut la forcer, on peut néanmoins la tourner. La dynamique de la délégation au sein de la régulation sociale montre l'intérêt d'adopter une approche *fonctionnelle*. En termes juridiques, cela signifie que le délégataire oscille entre un encadrement institutionnel et une grande autonomie de gestion. Telle est la position commune des comités, agences et organes privés de normalisation.

A. Les agences européennes

770. Parce qu'ils doivent assumer des tâches de plus en plus nombreuses et complexes, la tendance dans les Etats modernes est de multiplier les délégations à des organes administratifs spécialisés et largement autonomes. La Communauté n'échappe pas à cette tendance. Ainsi, « devant l'ampleur, la complexité et la technicité des missions imparties à la C.E.E., la question s'est très rapidement posée de décider si certaines d'entre elles ne pourraient pas être, en tout ou en partie, confiées à de nouveaux organismes, de caractère spécialisé, qui seraient créés par des mesures internes à la Communauté »²²⁵⁶. A ce problème général le droit communautaire donne une forme spécifique. Il doit être conçu comme un élément d'appréciation de l'*équilibre général des institutions*²²⁵⁷. Le principe de l'équilibre institutionnel assure la mise en place d'un « système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la Communauté, qui attribue à chacune sa propre mission dans la structure institutionnelle de la Communauté et dans la réalisation des tâches confiées à celle-ci »²²⁵⁸.

771. Considéré comme la simple « résultante du principe d'attribution des pouvoirs »²²⁵⁹, le principe interdit logiquement « à l'autorité titulaire de compétences données, en vertu des traités

²²⁵⁴ Voir déjà M. AYRAL, *Essai de classification des groupes et comités*, RMC, 1975, 330-341.

²²⁵⁵ Sur ce phénomène, G. LANGROD, *Introduction et L'administration consultative*, in *LA CONSULTATION DANS L'ADMINISTRATION CONTEMPORAINE*, G. Langrod (dir.), Cujas, Paris, 1972, 21-35; 60-84.

²²⁵⁶ X., *Les organes subsidiaires dans la Communauté Economique Européenne*, AFDI, 1962, 772. (772-780)

²²⁵⁷ Cf. G. GUILLERMIN, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, JDI, 1992, 319-346.

²²⁵⁸ CJCE, 22 mai 1990, *Parlement/Conseil*, C-70/88, pt 21, I-2072 (I-2041).

²²⁵⁹ V. CONSTANTINESCO, *LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES. Présentation générale*, J-Cl. Europe, Fasc. 161-10, 1989, n° 89.

constitutifs, de transférer l'exercice de ses pouvoirs à un délégataire autonome, en dehors des cas expressément prévus par les dispositions conventionnelles elles-mêmes »²²⁶⁰. Il n'est pas douteux, sous ce rapport, que « les délégations devraient être interdites ». Car « *les compétences s'exercent mais ne se délèguent point* »²²⁶¹. Mais le principe revêt aussi une autre signification. En tant que principe autonome, et non simple reformulation de l'article 7 CE, il revêt une dimension dynamique et relationnelle²²⁶². De ce point de vue, les institutions doivent être considérées non seulement dans leurs fonctions et investies de leurs intérêts propres, mais également dans leurs rapports de collaboration mutuels²²⁶³. Sous ce rapport, la question de la délégation paraît moins tranchée.

1. La « doctrine Meroni »

772. Dès sa première formulation par la Cour dans le cadre de la CECA, en 1958, l'introduction du principe « permet de voir dans l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une *garantie fondamentale* accordée par le Traité, notamment aux entreprises et aux associations d'entreprises auxquelles il s'applique »²²⁶⁴. En conséquence, « la délégation d'un pouvoir discrétionnaire, en le confiant à des autorités différentes de celles qui ont été établies par le Traité, (...) porterait atteinte à cette garantie »²²⁶⁵. La Cour affirmait ainsi que toute délégation de pouvoirs impliquant un large liberté d'appréciation demeurerait illicite dans le cadre communautaire. Par là, ne frayait-elle pas la voie à une doctrine de la « *non-delegation* » qui se fût installée non seulement dans le cadre de la CECA mais dans celui plus large de la CEE²²⁶⁶? S'en tenir là eût signifié que la Cour recherchait un modèle d'organisation classique²²⁶⁷.

773. Mais, dès l'arrêt *Meroni*, la Cour refusa de s'en tenir là. Tout en assignant à la Haute Autorité l'exécution de missions générales définies à l'article 3 du traité, elle ne pouvait plus songer à lui retirer la faculté d'« utiliser le concours d'organismes dotés d'une personnalité juridique distincte »²²⁶⁸. L'interdiction de principe, découlant de la structure institutionnelle de la

²²⁶⁰ D. SIMON, *L'INTERPRETATION JUDICIAIRE DES TRAITES D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, Paris, 1981, 293.

²²⁶¹ Y. GAUTIER, *op. cit.*, 352, 36.

²²⁶² En ce sens, Y. GAUTIER, *op. cit.*, 352 et ss.; V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, n° 89.

²²⁶³ Voir, sur ce point, J.-P. JACQUE, *Cours général de droit communautaire, COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW*, Vol. I, Book 1, 1990, EUJ, Nijhoff, Dordrecht, 317 et ss.

²²⁶⁴ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni/Haute Autorité de la CECA*, aff. 9-56, Rec. 44 (nous soulignons).

²²⁶⁵ *Ibid.*, Rec. 44.

²²⁶⁶ Sur cette doctrine développée aux Etats-Unis, J.-H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980.

²²⁶⁷ D'autant qu'elle devait ajouter que la participation du Parlement au processus législatif est un « élément essentiel de l'équilibre institutionnel », reflet d'un « principe démocratique fondamental » (CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette frères/Conseil*, aff. 138/79, pt 33, Rec. 3360). Ainsi se reconstitue, par fragments, un modèle standard européen: sur ce modèle, v. J. ZILLER, *Les modèles européens d'administration. Retour vers le futur?*, RISA, 2000, à paraître. L'auteur propose d'opposer ce modèle-type au modèle institutionnel suédois, plus proche désormais de l'organisation communautaire.

²²⁶⁸ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni/Haute Autorité de la CECA*, aff. 9-56, Rec. 42, 43.

Communauté, cède devant l'interprétation *fonctionnelle* et *utile* des objectifs matériels de la Communauté²²⁶⁹.

774. Pour parvenir à ce résultat, la Cour dut opérer plusieurs distinctions. Bien que l'article 8 du traité qui charge la Haute Autorité « d'assurer la réalisation des objets fixés par le présent Traité dans les conditions fixées par celui-ci » ne prévoit aucune forme de délégation, « l'on ne peut exclure la possibilité que la mise en œuvre des "mécanismes financiers communs à plusieurs entreprises" prévus à l'alinéa a de l'article 53 soit confiée à des organismes de droit privé, dotés d'une personnalité juridique distincte et investis de pouvoirs propres ». Ainsi la Haute Autorité a-t-elle la faculté de « confier certains pouvoirs à pareils organismes dans des conditions qu'elle détermine et sous son contrôle ». Mais, dès lors, « à tout le moins faut-il cependant exiger que les garanties de protection juridique prévues par le Traité continuent à exister en cas de délégation »²²⁷⁰. « Font partie de ces garanties les règles relatives à la publication et à l'exposé des motifs des décisions ainsi que les dispositions relatives aux actions devant la Cour »²²⁷¹; une motivation, une publicité, un contrôle juridictionnel²²⁷². C'est dans ce sens que la Cour distingue la délégation de « pouvoirs d'exécution nettement délimités » et la délégation d'un « pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique »²²⁷³. Seules les premières sont compatibles avec le principe de l'équilibre institutionnel; les secondes ne peuvent l'être parce qu'elles opèrent « un véritable déplacement de responsabilité »²²⁷⁴.

775. Une partie de la difficulté réside dans le fait que la Haute Autorité détient des pouvoirs considérables dans le cadre de la CECA, qui n'auront pas d'équivalent dans le cadre de la Communauté. En toute hypothèse, une distinction doit être faite entre une délégation de nature *institutionnelle* qui crée un pouvoir et engendre une responsabilité politique nouvelle, et une délégation de nature *fonctionnelle* qui se contente de transférer la charge opérationnelle d'une fonction inscrite dans le traité à une structure de coopération. En effet, « ce n'est pas tellement la constitution d'organes nouveaux qui posent des problèmes spécifiques dans le droit des Communautés européennes car en elle-même, une telle création ne risque pas d'affecter l'équilibre des institutions. Ce sont plutôt les attributions de compétences opérées en faveur de ces organes qui doivent être contenues dans des limites particulièrement étroites afin que la structure institutionnelle des Communautés soit respectée »²²⁷⁵. Le sens de la « doctrine *Meroni* » n'est donc pas d'interdire la délégation de pouvoirs discrétionnaires, mais de les interdire à un organe qui remettrait en cause la dynamique de l'équilibre institutionnel. Tel est encore le sens de

²²⁶⁹ En ce sens, K. LENAERTS note que « *The Court derived the "power to delegate" from the regulatory power held by the High Authority under Article 53 ECSC, a kind of "effet utile" reasoning which led to the recognition of an implied power to delegate having as its legal basis the specific Treaty provision vesting the regulatory power whose exercise is to be streamlined by the delegation of powers* » (op. cit., 40).

²²⁷⁰ Ibid., Conclusions de l'avocat général Roemer, Rec. 114.

²²⁷¹ Ibid., Rec. 114.

²²⁷² Ibid., Rec. 40.

²²⁷³ Ibid., Rec. 43.

²²⁷⁴ Ibid., Rec. 44.

²²⁷⁵ C.-A. MORAND, *LA LEGISLATION DANS LES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, LGDJ, Paris, 1968, 211.

la jurisprudence *Romano/INAMI*, rendue en 1981²²⁷⁶. La Commission ne peut sub-déléguer: tout au plus lui est-il permis de chercher la collaboration d'autorités nationales spécialisées²²⁷⁷.

776. Au total, la doctrine communautaire de la délégation se résout en deux principes. D'une part, la délégation doit contribuer à la poursuite des objectifs assignés par le Traité. Si « l'habilitation expresse à déléguer ne paraît pas être une condition de régularité de la délégation », un fondement textuel doit cependant être recherché²²⁷⁸. D'autre part, les pouvoirs délégués doivent être soumis aux conditions auxquelles est soumis le délégant. L'exercice d'un pouvoir libre est interdit. Mais toute liberté d'action n'est pas niée; seulement, elle doit être contrôlée.

2. Les agences de la régulation sociale

777. Une telle solution d'équilibre pouvait paraître improbable, et pourtant la délégation n'a cessé de se développer dans le cadre communautaire. Cela tient d'abord à un changement de contexte politique. Dans les années soixante, la Commission était d'avis que la délégation de pouvoirs lui était pratiquement interdite, du fait qu'aucune disposition ne le prévoyait. A mesure que s'élargiront, à la suite du Sommet de Paris, les tâches de la Commission, son opinion changera²²⁷⁹. Elle trouvera dans l'avis 1/76 de la Cour, rendu à propos de l'hypothèse particulière de la création conjointement avec un Etat tiers d'un établissement public international (« le Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure »), un appui solide. Contre l'avis du Conseil qui voyait dans cette création un véritable transfert de compétences, la Cour conclut à une simple délégation de pouvoirs d'exécution circonscrits d'une manière « nette et précise »²²⁸⁰. De là la possibilité de créer de nouveaux organes non prévus par le traité, à condition que certaines limites soient respectées.

778. Parmi ces organes se trouvent les Agences européennes. Elles sont introduites dans le champ de la régulation sociale soit pour produire des normes et réguler les comportements privés au sein du marché intérieur, conformément aux objectifs de protection et d'innovation (Office de l'harmonisation dans le marché intérieur²²⁸¹, Office des variétés végétales²²⁸²) ou de santé

²²⁷⁶ La Cour estime que la Commission administrative de la sécurité sociale, instituée auprès de la Commission par le règlement n° 1408/71, ne saurait être considérée comme délégataire de compétences et, en conséquence, être habilitée à arrêter des actes revêtant un caractère normatif. Sa fonction se résume à une aide fournie à la Commission et aux institutions nationales de sécurité sociale chargées d'appliquer le droit communautaire (CJCE, 14 mai 1981, *Romano/INAMI*, aff. 98/80, pt 20, Rec. 1256).

²²⁷⁷ Voy. l'arrêt du Tribunal du 19 février 1998, *DIR International Film e.a./Commission*, aff. jtes T-369/94 et T-85/95, II-357 (concernant une décision de l'European Film Distribution Office, association de droit allemand en accord avec la Commission pour coordonner la mise en œuvre du programme MEDIA adopté par une décision 90/685/CEE du Conseil). Ainsi « Le Tribunal estime que les décisions prises par l'EFDO sur les demandes de financement déposées dans le cadre du programme MEDIA sont imputables à la Commission, laquelle est, de ce fait, responsable de leur contenu et peut être citée en justice pour les défendre » (pt 53).

²²⁷⁸ Cf. Y. GAUTIER, *op. cit.*, 358.

²²⁷⁹ Sur cette évolution, R.H. LAUWAARS, *Auxiliary Organs and Agencies in the E.E.C.*, CMLR, 1979, not 372.

²²⁸⁰ CJCE, 26 avril 1977, *Avis I-76*, Rec. 760.

²²⁸¹ Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JOCE 1994, L 11/1.

publique (Agence pour l'évaluation des médicaments²²⁸³), soit pour produire et réguler des flux d'information (Agence pour l'environnement²²⁸⁴). Il n'existe pas de modèle unique d'agence²²⁸⁵. Mais toutes respectent les deux principes posés par la jurisprudence *Meroni*. Premièrement, leur création répond aux objectifs de la Communauté. Elle doit en effet être « nécessaire » au sens de l'article 308 CE. L'ex-article 235 [308] a servi de fondement à la création de la plupart de ces organes. Seul le cas de l'Agence pour l'environnement doit être réservé, étant fondé sur l'ex-article 130 S [175]. Cependant, la dimension fonctionnelle de cette Agence n'est point douteuse: elle n'a été instituée qu'en vue de fournir « des informations objectives, fiables et comparables au niveau européen ». Deuxièmement, des garanties juridiques doivent être apportées. Ainsi les actes de ces organes décentralisés demeurent sous le contrôle administratif et juridique de la Commission²²⁸⁶. N'émanant pas d'« institutions » de la Communauté, ces actes ne sont pas directement attaquables devant le juge communautaire. S'ils font grief, ils n'en doivent pas moins être soumis au contrôle juridictionnel, comme l'exige la « Communauté de droit »²²⁸⁷. Ce sont donc les actes de contrôle de la Commission qui feront l'objet du recours²²⁸⁸.

779. Au total, comme l'observe Y. Gautier, « on pourrait donc préférer la qualification d'administration communautaire spécialisée et autonome, plutôt que de l'analyse en terme de délégation. Pour que la délégation soit une explication suffisante, il faudrait que le Conseil lui ait confié des tâches qui relèvent directement de lui. Il faut dire que sur ce point, rien ne permet de considérer que de tels organismes sont délégataires de compétences ou de pouvoirs »²²⁸⁹. Administration autonome mais strictement contrôlée: *directement* par la Commission,

²²⁸² Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, JOCE 1994, L 227/1.

²²⁸³ Règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JOCE 1993, L 214/1.

²²⁸⁴ Règlement (CEE) n° 1210/90 du Conseil du 7 mai 1990 relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JOCE 1990, L 120/1, tel que modifié par le Règlement (CE) n° 933/1999 du Conseil du 23 avril 1999, JOCE 1999, L 117/1.

²²⁸⁵ On en compte dix au total. La difficulté est de les définir et de les classer (semblablement en France, J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP, 1986, I-3254). I. MULLER distingue les « instruments opérationnels qui prennent des décisions » (Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, Office des variétés végétales; dans une moindre mesure, n'étant pas dotée de pouvoirs réels de contraintes, Agence pour l'évaluation des médicaments) des autres (*Les organismes communautaires décentralisés*, Petites affiches, 22 janvier 1993, 26). A. KREHER distingue les agences accompagnant la création d'un nouveau régime communautaire (Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, Office des variétés végétales) de celle créées pour compléter un dispositif normatif déjà existant, et en tire d'importantes conséquences sur le plan organisationnel (*Agencies in the European Community. A Step towards Administrative Integration in Europe*, EUI, RSC Conference, Florence, 1997). E. CHITI en fournit l'analyse la plus complète. Son étude présente l'intérêt d'aborder la question sous différents angles (fonction, organisation, procédure), de façon à en restituer la complexité et la cohérence, faisant sienne cependant la recherche d'une nouvelle théorie générale de l'administration communautaire (*The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies*, CMLR, 2000, 309-343).

²²⁸⁶ Cf. K. LENAERTS & P. VAN NUFFEL, *op. cit.*, n° 11-058.

²²⁸⁷ Argument des requérants: TPICE, 8 juin 1998, *Keeling/OHMI*, T-148/97, pt 22, II-2226.

²²⁸⁸ Concernant l'Office des marques, TPICE, 8 juin 1998, *Keeling/OHMI*, T-148/97, pts 26 à 34, II-2227-2229 (2217).

²²⁸⁹ Y. GAUTIER, *op. cit.*, 402.

indirectement par les autorités nationales qui participent à la gestion de ces organes²²⁹⁰. Ainsi le système communautaire ne correspond ni au système standard européen, parce qu'il favorise l'autonomie²²⁹¹, ni au système fédéral américain, car il refuse l'indépendance²²⁹². Dans ce nouveau système, on peut entendre une « *dissonance* » (« *a severe mismatch* »)²²⁹³. Mais c'est plutôt l'expression nouvelle du principe d'équilibre institutionnel.

B. Les organes privés de normalisation

780. Les relations entre les institutions communautaires et les organismes européens de normalisation sont-elles fondées sur une même logique de délégation? D'aucuns le soutiennent, voyant dans le procédé utilisé une habilitation unilatérale²²⁹⁴, d'autres le contestent, y voyant d'abord un contrat²²⁹⁵. Le procédé du mandat, utilisé par la Commission dans ses relations avec ces organismes, combine ces deux techniques, à la fois celle de « l'investiture unilatérale » et celle « l'habilitation conventionnelle ». Le mandat n'a pas été qualifié juridiquement par le droit communautaire. Selon la doctrine française, le mandat est le « contrat par lequel une personne donne à autrui le pouvoir de faire quelque chose en son nom et pour son propre compte »²²⁹⁶.

781. Il est tentant de considérer que la Commission passe simplement un contrat de mandat avec un organisme privé, lui confiant « le soin de faire des actes juridiques et des opérations relevant de la compétence de la première ». Cette analyse pourrait sembler pertinente: selon la Commission, « l'un des traits caractéristiques du mandat résiderait dans la circonstance que le mandant a toujours compétence pour faire des actes dont il confie l'exécution au mandataire ». Le fait que la Commission est une personne publique n'est pas gênant: si, à l'origine, le mandat est une forme de coopération entre deux sujets de droit privé, il « aurait fini par s'imposer également

²²⁹⁰ Pour des détails sur l'organisation interne de ces agences, v. A. KREHER, *op. cit.*, 12 et ss.

²²⁹¹ Sous sa variante continentale ou britannique, ce système refuse d'admettre ce genre de délégation. Il y aurait lieu bien entendu de distinguer soigneusement entre chaque modèle national, du moins au niveau de principes. Le modèle français pose le problème dans les termes de la séparation des pouvoirs, le système britannique dans les termes de la souveraineté du Parlement. En théorie, le résultat est le même: une réticence à admettre la création d'autorités indépendantes; en pratique aussi: l'ordre juridique les admet. Telle est la force des solutions pragmatiques (Pour une analyse comparative, v. L. LINDSAY, *INDEPENDENT AGENCIES IN FRANCE AND IN BRITAIN. The Institution and its Constitutional Legitimacy*, LLM, EUI, Florence, 1996).

²²⁹² Indépendance formelle des agences américaines qu'il conviendrait, en pratique, de nuancer (Cf. M. SHAPIRO, *The problems of independant agencies in the United States and the European Union*, JEPP, 1997, 276-281; également B. COTTIER, *Les « Independent Agencies » américaines: un modèle pour l'administration polycentrique de demain?*, RISA, 1985, 143-165).

²²⁹³ M. EVERSON, *Independent Agencies*, in *SOURCES AND CATEGORIES OF EUROPEAN UNION LAW. A Comparative and Reform Perspective*, G. Winter (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1996, 615.

²²⁹⁴ R.H. LAUWAARS, *The 'Model Directive' on Technical Harmonisation*, in 1992: *ONE EUROPEAN MARKET? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, R. Bieber, R. Dehousse, J. Pinder, J.H.H. Weiler (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1988, 165-166.

²²⁹⁵ E. PREVIDI, *The Organization of Public and Private Responsibilities in European Risk Regulation: An Institutional Gap Between Them?*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 225-241.

²²⁹⁶ A. COUDEVILLE, *La notion de mandat en droit administratif*, AJDA, 20 septembre 1979, 10.

dans le domaine du droit public »²²⁹⁷. Nous ne serions plus ici dans l'hypothèse d'une délégation du Conseil²²⁹⁸.

782. Mais cette explication est partielle. Elle ne rend pas compte de la complexité du phénomène de normalisation. Le fondement de l'intervention des organismes européens de normalisation repose essentiellement sur les directives d'harmonisation adoptées sur la base de l'ex-article 100 [94] par le Conseil. Ces directives organisent le « renvoi aux normes », reconnaissant aux organismes européens la compétence d'élaborer des normes harmonisées. A ce titre, « elles représentent le fondement du transfert ou de la délégation du Conseil au CEN/CENELEC »²²⁹⁹. C'est seulement dans ce cadre que la Commission procédera à l'octroi des mandats aux organismes européens de normalisation. Au titre de la directive 83/189, adoptée sur la base conjointe des articles 100 [94] et 213 [284], elle a reçu du Conseil une mission d'exécution et d'organisation dans ce domaine des normes techniques. Dès lors, « la Commission n'intervient plus comme autorité subdélégante, mais comme délégataire de la compétence d'exécution, dont le rôle consiste à encadrer la compétence exécutive confiée au CEN/CENELEC et à l'ETSI ». Dans ces conditions, « le *mandat* ne doit pas être interprété comme représentant lui-même un acte de délégation, mais comme *l'opération matérielle d'encadrement* par la Commission de la compétence des organismes européens de normalisation »²³⁰⁰.

783. Opère-t-on en ce domaine un transfert de « pouvoirs discrétionnaires » ou de simples « pouvoirs d'exécution »? Tel est, suivant la jurisprudence *Meroni*, le critère essentiel. Il est d'usage d'opposer deux méthodes de renvoi aux normes: un renvoi strict ou rigide et un renvoi souple ou général²³⁰¹. Le premier type, qui prescrit une norme technique clairement spécifiée, ne pose pas de problème à cet égard. Mais la nouvelle approche a choisi la seconde méthode. Le renvoi est général: il use de termes vagues tels que « l'état des techniques » ou « l'état de l'art ». Il est flexible, conférant aux organes de normalisation toute discrétion pour adopter les normes appropriées²³⁰². Dans ce cadre, les organismes de normalisation jouissent d'une grande liberté d'action. Mais celle-ci ressortit de l'exercice de simples pouvoirs d'exécution. Ces organismes coopèrent avec les organes nationaux compétents et la Commission²³⁰³. Ils demeurent soumis aux exigences essentielles et impératives élaborées par le Conseil et sous le contrôle de la Commission²³⁰⁴. Les normes élaborées ne revêtent aucun caractère contraignant et obligatoire. Elles doivent de surcroît satisfaire aux exigences de la motivation et de la publication. Peuvent-elles faire l'objet d'un contrôle juridictionnel? La question n'est pas réglée. On peut toutefois

²²⁹⁷ CJCE, 18 octobre 1984, *Eurico/Commission*, aff. 109/83, Rec. 3581.

²²⁹⁸ Y. GAUTIER, *op. cit.*, 367-368.

²²⁹⁹ F. PERALDI-LENEUF, *op. cit.*, 256.

²³⁰⁰ *Ibid.*, 306.

²³⁰¹ Sur cette distinction, J. FALKE, *op. cit.*, 217 et ss.

²³⁰² Cf. C. DAELEMANS, *The Legitimacy and Quality of European Standards: The Legitimation of Delegation of Powers and Standard-Setting Procedures*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 257-271.

²³⁰³ F. PERALDI-LENEUF, *op. cit.*, 312.

²³⁰⁴ Cf. Conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *Commission/Italie* (aff. 123/76), [1977] Rec. 1460 et ss.

considérer que la publication des normes au JOCE n'emporte qu'une présomption simple de conformité des produits aux exigences essentielles de la directive, laquelle devrait pouvoir être contestée devant le juge²³⁰⁵.

784. L'analyse révèle ainsi une logique commune à l'ensemble de phénomènes de délégation au sein de la régulation sociale. C'est dans une dynamique complexe et fonctionnelle, mettant en relation la Commission, les organes délégataires et les Etats membres, que se résout le problème constitutionnel de la délégation.

SECTION III. LA LEGITIMITE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

785. Au terme de cette analyse, il devient impossible de se contenter de la représentation de la Commission comme un simple « agent d'exécution » du Conseil²³⁰⁶. Il faut au contraire envisager une administration autonome et complexe. A l'image de *l'agent*, G. Majone substitue celle du *trust*: la Commission est conçue en tant qu'« entrepreneur de décisions publiques »²³⁰⁷. Dans une perspective de science politique, seule une théorie avancée de l'agent permettraient de comprendre la dynamique de la délégation développée dans la Communauté²³⁰⁸. Les raisons habituellement avancées pour la décrire ne suffisent plus. A la nécessité de disposer d'une expertise, de réduire les coûts, de contourner la responsabilité de la prise de décisions politiques, s'ajoute un problème de crédibilité politique²³⁰⁹. La délégation de pouvoirs à la Commission est une condition de l'engagement des gouvernements dans les politiques de régulation sociale. En raison des coûts élevés de décisions prises au niveau politique, seule la délégation à un organe technique, compétent et indépendant, permettrait d'obtenir cet engagement et de conférer quelque crédibilité aux accords obtenus²³¹⁰. Dès lors, suivant cette conception, la délégation interne à des organes techniques subsidiaires ne serait qu'une conséquence de circonstances secondaires, comme la nécessité de développer des instruments d'information ou celle de créer des réseaux de confiance, dans le but d'accroître encore la crédibilité des engagements obtenus²³¹¹. C'est ainsi que ces organes sont acceptés, mais dotés de pouvoirs limités et organisés pour favoriser la

²³⁰⁵ F. PERALDI-LENEUF, *op. cit.*, 312.

²³⁰⁶ A. VAN SOLINGE, *La Commission, agent d'exécution du droit communautaire*, in *LA COMMISSION AU CŒUR DU SYSTEME INSTITUTIONNEL DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, J.-V. Louis & D. Waelbroeck (dir.), Etudes européennes, Ed. de l' Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, 71-77.

²³⁰⁷ G. MAJONE, *op. cit.*, 88.

²³⁰⁸ En ce sens, M. EGAN, *Regulatory strategies, delegation and European market integration*, JEPP, 1998, 485-506; également M.A. POLLACK, *Delegation, agency, and agenda setting in the European Community*, International Organization, 1997, 99-134. Pour une tentative d'analyse empirique et de modélisation, F. FRANCHINO, *Institutionalism and Commission's Executive Discretion: An Empirical Analysis*, EIoP, 1998, vol. 2, n° 6. Asymétrie d'information et complexité technique des objets de la délégation sont, de ce point de vue, les deux facteurs explicatifs essentiels de la délégation. Suivant cette perspective, on expliquerait aussi la délégation de pouvoirs et l'autonomie d'institutions telles que la Cour de justice et la Banque centrale européenne (F. FRANCHINO, *op. cit.*, 17).

²³⁰⁹ Sur ce point, G. MAJONE, *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*, ELJ, 1998, not. 16-18.

²³¹⁰ Cf. G. MAJONE, *Décisions publiques et délibération*, RFSP, 1994, 579-598.

²³¹¹ En ce sens, G. MAJONE, *The new European agencies: regulation by information*, JEPP, 1997, 262-275.

coopération des autorités nationales compétentes. L'organisation en réseau (I) entraîne un problème de légitimation (II).

§ I. UN SYSTEME D'ADMINISTRATION EN RESEAU

786. De manière générale, cette structure autonome et complexe est mieux décrite en terme de *réseau*. Il faudrait pouvoir éclairer le sens de ce terme employé aujourd'hui dans les contextes les plus divers²³¹². Qu'il suffise ici d'évoquer la mise en place de multiples mécanismes coopératifs et de coordination où sont impliqués plusieurs partenaires dans la résolution d'un même problème. Cette définition suffit pour rendre compte de trois caractères essentiels de la nouvelle organisation administrative communautaire.

1°— Le réseau ne connaît pas de distinction tranchée entre organisation interne et action externe. Sur le plan externe, les relations partenariales doivent se développer, car l'action nécessite l'apport d'expertises extérieures, une concertation avec les groupes intéressés qui constituent eux-mêmes des réseaux²³¹³, la délégation de certaines tâches à des organes qui s'organisent eux-mêmes en réseau²³¹⁴. C'est au sein de la Commission que des connexions doivent s'établir entre ces différents points de contact extérieurs. Sur le plan interne, les diverses services de la Commission « forment le noyau central d'un vaste "réseau de réflexion" qui inclut, outre les experts en provenance des administrations nationales, des consultants indépendants, qui viennent aussi de l'extérieur de l'Union européenne, des universitaires, des représentants d'organisations économiques et professionnelles et d'organismes régionaux »²³¹⁵. Telle est d'ailleurs l'orientation générale que semble vouloir adopter par la « nouvelle Commission ». Elle considère comme souhaitable le développement d'une « politique d'externalisation » et de coordination plus efficace²³¹⁶. Cette exigence est relativement nouvelle. Elle distinguait déjà la

²³¹² A cet égard, l'étude de L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO sur l'origine des travaux sur les réseaux et l'intégration de ce concept dans les sciences sociales s'avère très précieuse (*LE NOUVEL ESPRIT DU CAPITALISME*, Gallimard, Paris, 1999, 216-230). Sur l'origine de la notion de réseau dans les sciences cognitives, *SCIENCE COGNITIVE ET SOCIOLOGIE DES SCIENCES*, J.-J. Courtial (dir.), PUF, Paris, 1994. Pour une application à l'ordre juridique, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, RIEJ, 2000, n° 44, 1-82.

²³¹³ Voir, en ce sens, U. AYBERK & F.-P. SCHENKER, *Des lobbies européens entre pluralisme et clientélisme*, RFSP, 1998, 725-755.

²³¹⁴ L'organisation de la normalisation européenne en fournit l'exemple le plus visible. En ce domaine, « la Commission n'a pas jugé bon de tenter de créer une pyramide bureaucratique. Par contre, la transparence et la cohérence des activités d'essais et de certification étant très importantes, la Commission, dès 1986, a mis en avant le besoin d'une organisation européenne susceptible de constituer un pôle d'attraction, une enceinte dans laquelle toutes les parties intéressées puissent se retrouver, échanger des informations et leurs expériences et surtout y trouver tous les instruments techniques pour la mise sur pied d'accords de reconnaissance mutuelle ou carrément des systèmes européens de certification » (J. McMILLAN, *La « certification », la reconnaissance mutuelle et le marché unique*, RMUE, 1991, 201). R. DEHOUSSE adapte également la formule aux agences européennes (*Regulation by networks in the European Community: the role of European agencies*, JEPP, 1997, 246-261).

²³¹⁵ G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 92.

²³¹⁶ Cette exigence est clairement formulée par le Comité d'Experts Indépendants institué début 1999 par le Parlement européen pour faire la lumière sur les dysfonctionnements de la Commission (sur ce point, S. RODRIGUES, *La nouvelle Commission Prodi face à ses engagements. Est-ce la fin de la crise?*, RMC, 1999, 678-

nouvelle administration de la régulation sociale, comme la Direction générale de l'environnement, de l'administration économique classique, indépendante et hiérarchisée. Dépendante de programmes législatifs faibles, la Direction de l'environnement est tout de suite forcée à s'ouvrir à de multiples coopérations extérieures²³¹⁷. A mesure que s'affirme, dans les années quatre-vingt-dix, la légitimité de ces nouvelles interventions, une structure institutionnelle « réticulaire » et « hétérarchique » se substitue à une organisation fondée sur l'autarcie et la hiérarchie²³¹⁸. La conséquence en est certes une autonomie et une flexibilité plus grandes, mais sans doute aussi un risque plus grand de confusion entre les intérêts.

2°— Le réseau ignore l'opposition entre administration interventionniste et administration abstentionniste. On l'a déjà noté: la régulation sociale essaie d'accorder une place modeste au contrôle direct au profit de techniques procédurales et décentralisées. Mais elle se méfie tout autant d'une expérience de la régulation qui aurait pour effet, et même pour objet principal, de soumettre la résolution des conflits et l'élaboration des normes aux seules lois de la « justice de marché ». S'appuyant sur l'exemple de la réglementation en matière de biotechnologie, C. Landfried suggère que « le résultat de la politique européenne est plus qu'un régime technocratique et plus que la promotion d'une intégration négative »²³¹⁹. C'est ainsi qu'elle adopte la forme du réseau, laquelle constitue « une forme spécifique entre la hiérarchie et le marché »²³²⁰. Les recherches de l'école institutionnaliste américaine et la nouvelle économie institutionnelle ont souligné l'importance de cette forme dans l'organisation économique²³²¹. Or il existe un isomorphisme frappant entre l'organisation de la nouvelle économie et certains aspects de l'organisation administrative qui se met en place. G. Lehmbruch a essayé de faire la théorie de ces systèmes d'interaction entre bureaucraties gouvernementales et associations privées d'intérêts. Dépassant les modèles pluraliste et corporatiste, il voit dans les *procédures d'« intermédiation »* des intérêts publics et privés « l'émergence de réseaux qui finiront par s'institutionnaliser »²³²². Ces analyses sont précieuses pour comprendre les développements actuels dans la Communauté.

682). Elle est traduite par le nouveau règlement de procédure de la Commission, notamment aux articles 18 et 19 qui stipulent: « Pour répondre à des besoins particuliers, la Commission peut créer des structures spécifiques chargées de missions précises et dont elle détermine les attributions et les modalités de fonctionnement ». Suit: « Pour assurer l'efficacité de l'action de la Commission, les services travaillent en coopération étroite et de façon coordonnée pour l'élaboration et la mise en œuvre des décisions » (JOCE 1999, L 252/41).

²³¹⁷ Voir l'étude comparative de M. CINI, *La Commission européenne: lieu d'émergence de cultures administratives. L'exemple de la DG IV et de la DG XI*, RFSP, 1996, 457-472.

²³¹⁸ Cf. K.-H. LADEUR, *Towards a Legal Concept of the Network in European Standard-Setting*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 151-170. Il est significatif que la Commission se soit fortement opposée à la création d'une Agence européenne de la concurrence, qui lui aurait fait perdre une grande partie de ses pouvoirs et de son influence. Dans le domaine de la régulation sociale, les organes subsidiaires contribuent au contraire à un renforcement de son domaine d'influence. C'est que l'environnement politique diffère dans les deux cas: ici la subsidiarité et la compétence technique, là la poursuite des objectifs économiques du marché commun.

²³¹⁹ C. LANDFRIED, *Beyond Technocratic Governance: The Case of Biotechnology*, ELJ, 1997, 256.

²³²⁰ L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *LE NOUVEL ESPRIT DU CAPITALISME*, Gallimard, Paris, 1999, 131; en un sens différent, B. PERRET, *Contester le capitalisme ou résister à la société de marché?*, Esprit, janvier 2000, 126-134..

²³²¹ Sur ces écoles et leurs travaux, v. T. KIRAT, *Economie du droit*, La Découverte, Paris, 1999.

²³²² G. LEHMBRUCH, *The Organization of Society, administrative Strategies and Policy Networks*, in *INSTITUTIONS AND POLITICAL CHOICES. On the Limits of Rationality*, R. Czada, A. Héritier & H. Keman (eds.),

3°— Le réseau rejette enfin l'alternative entre intégration supranationale et intégration intergouvernementale²³²³. L'hypothèse de l'école intergouvernementaliste selon laquelle les institutions communautaires demeurent entièrement soumises aux gouvernements nationaux ne s'applique pas à l'administration communautaire, dont le rôle et les moyens échappent en grande partie à la négociation politique. Il est vrai, pourtant, qu'il n'est pas d'action administrative qui ne se soit développée dans ces domaines sans qu'y soient associées les autorités administratives nationales: la mise en place de comités, agences et organismes de normalisation attestent la présence des experts nationaux. Il ne s'agit pas seulement pour les Etats de récupérer une influence perdue. Leur présence facilite la coopération et la mise en commun de ressources rares: principalement des informations²³²⁴. Pour mettre en lumière cette évolution, les politologues ont élaboré un modèle de « système multiniveaux »²³²⁵. Ce nouveau modèle ne nie pas le rôle des Etats dans la conduite de la « haute politique » (*high politics*) et dans le contrôle, par les traités, du processus d'intégration²³²⁶: il s'agit, pour l'essentiel, de montrer l'intensité et l'originalité de nouveaux niveaux d'intégration, de nature administrative.

§ II. LES METHODES DE LEGITIMATION

787. Cette évolution, si elle se confirme, est susceptible d'entraîner une difficulté majeure: celle de remettre en cause la relative indifférence qui a entouré le processus administratif communautaire, alors que « tout marchait ». Que « cela fonctionne », c'est précisément ce qui pose problème aujourd'hui²³²⁷. Si l'on peut établir ainsi que l'administration communautaire, se

VU University Press, Amsterdam, 1998, 61-84. On rapprochera de ces travaux ceux de P. SCHMITTER et W. STREECK qui ont abouti à la notion de « Gouvernement d'intérêt privé », élargissant l'analyse au cadre national (*The Future Euro-Polity and its Impact upon Private Interest Governance within Member States*, Droit et Société, 1994, n° 28, 659-675).

²³²³ Une analyse à ce niveau requiert donc de se départir des deux approches qui dominent les travaux anglo-saxons sur l'intégration européenne: 1° l'école « néofonctionnaliste » qui donne aux institutions communautaires seules, et notamment à la Cour de justice, le rôle primordial dans la poursuite du processus d'intégration (héritiers de E.B. HASS, v. A.-M. BURLEY & W. MATTLI, *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, 1993, 41-76); 2° l'école « intergouvernementaliste » qui privilégie la maîtrise des Etats sur le processus d'intégration (dont le meilleur représentant est Andrew MORAVCSIK, *Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach*, JCMS, 1993, 473-524; du même auteur, *Liberal Intergovernmentalism and Integration: A Rejoinder*, JCMS, 1995, 611-628).

²³²⁴ En ce sens, du point de vue de la science administrative, L. METCLAFE, *Etablissement de liens entre les différents niveaux de gouvernance: intégration européenne et mondialisation*, RISA, 2000, n° 1, 139-168.

²³²⁵ F. SCHARPF, *Community and autonomy: multi-level policy-making in the European Union*, JEPP, 1994, 219-242; du même auteur, *GOVERNER L'EUROPE*, trad. de l'anglais par R. Dehousse & Y. Surel, Presses de Sciences Po, Paris, 2000; T.A. BÖRZEL, *What's So Special About Policy Network? An Exploration of the Concept and Its Usefulness in Studying European Governance*, ELoP, 1997, vol. 1, n° 16; M. JACHTENFUS, *Theoretical Perspectives on European Governance*, ELJ, 1995, 115-133.

²³²⁶ La distinction entre politique « haute » et « basse » a été établie par S. HOFFMANN dans le cadre des relations internationales (*Obstinate or Obsolete: The Fate of the Nation State and the Case of Western Europe*, Daedalus, 1966, n° 95, 862-915).

²³²⁷ En ce sens, G. MAJONE note que « dans le cas des politiques de régulation, la notion de débordement fonctionnel est d'une utilité certaine », ajoutant néanmoins qu'elle demeure insuffisante, sous-estimant gravement le « rôle créatif de la Commission, aussi bien que l'activisme d'acteurs puissants... » (*LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 58-59).

constituant en réseau, ne répond que très faiblement au contrôle politique, qu'elle acquiert une grande autonomie, qu'elle rompt avec les mécanismes traditionnels de légitimation, il faut alors s'interroger sur les conditions nouvelles de la légitimité de son action. Ainsi sans doute doivent se comprendre les réactions qui ont suivi l'éclosion de la crise de l'ESB. Au plan politique, elles sont la conséquence de la défiance que la croissance de régulation communautaire, depuis l'adoption de l'Acte unique, a accumulée au sein des élites nationales²³²⁸. Au plan juridique, elles posent la question cruciale des limites assignables à l'"activisme administratif" communautaire. Qu'il existe une « dynamique de la délégation », une « mutation » et une « réticularisation » de l'administration communautaire, c'est un *fait*. Et son efficacité n'est plus guère contestée aujourd'hui. Mais il faut alors se demander si, du point de vue du *droit*, des garanties existent, en sorte que l'intérêt public puisse en toutes circonstances être sauvegardé. En termes vagues, c'est bien la question de la légitimité de cette action qui est maintenant posée²³²⁹. Par légitimité il faut entendre ici plus que le sens strict du droit, soit « la conformité de la situation juridique à un titre régulier »²³³⁰, le sens politique plus général qu'incarne le « bon gouvernement », « sensible aux demandes sociales, représentatif du maximum de demandes sociales déclarées légitimes dans le système constitutionnel »²³³¹.

²³²⁸ A ce propos, M. SHAPIRO, *Codification of Administrative Law: The US and the Union*, ELJ, 1996, 26-47.

²³²⁹ Cf. N. LEBESSIS & J. PATERSON, *Accroître l'efficacité et la légitimité de la gouvernance européenne. Un agenda de réformes pour la Commission*, Cellule de prospective de la Commission des C.E., CdP (99) 750, Bruxelles, 1999.

²³³⁰ P. ROUBIER, *De la légitimité des situations juridiques*, in *MELANGES JEAN DABIN*, Bruylant, Sirey, Bruxelles, Paris, 1963, 266. En ce sens, il s'agit d'une notion empruntée au droit privé, lequel « ne connaît que la licéité, qui implique celle de légitimité » (B. OPPETTT, *THEORIE DE L'ARBITRAGE*, PUF, Paris, 1998, 19).

²³³¹ J. LECA, *Le gouvernement en Europe, un gouvernement européen?*, *Revue Politiques et Management Public*, 1997, 23.

788. A cet égard, il est tentant d'évoquer le discussion qui s'est développée, aux Etats-Unis, autour de la « quatrième branche de gouvernement », les agences fédérales²³³². L'étude de ce débat n'est sans doute pas inutile pour comprendre l'évolution du droit administratif communautaire²³³³. Mais le risque est de méconnaître la spécificité de la dynamique communautaire²³³⁴. En ce sens, R. Dehousse préfère adapter au cadre communautaire l'analyse de R. Baldwin, qui s'est efforcé de dégager par une méthode abstraite les critères d'une nouvelle légitimité de l'action publique²³³⁵. Suivant cette perspective, il convient de distinguer trois grands principes de légitimation: le « mandat parlementaire », la compétence et l'expertise, la légitimité procédurale.

A. Le retour au Législateur

789. La première méthode peut sembler la plus évidente: « *La réponse la plus évidente consiste à dire que l'Union possède déjà un bien meilleur moyen de contrôler l'administration technocratique qu'un ensemble réglementaire supplémentaire soumis au contrôle juridictionnel... Le Conseil ne délègue pas ses pouvoirs exécutifs et exerce seul l'ensemble de ses pouvoirs législatifs* »²³³⁶. Il suffirait ainsi de transposer au droit communautaire la doctrine américaine de la « *non-delegation* », qui espère restaurer aujourd'hui la prépondérance du législateur indépendant et impartial sur des autorités administratives subordonnées²³³⁷. Mais le Conseil est loin de présenter les qualités requises d'un législateur légitimement élu, sa base de légitimité étant « internationale (la représentativité) et non directement populaire »²³³⁸. On dira que cette analyse est formelle, et que « les membres du Conseil procèdent de gouvernements démocratiquement désignés et jouissant de la confiance des Parlements nationaux », que « leur activité au sein du Conseil peut être contrôlée par les Parlements nationaux, ce qui se produit dans certains cas »²³³⁹. Mais, plus que la désignation, ce qui compte est le processus de prise de décision. On sait qu'une

²³³² Voir P.L. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch of Government*, CLR, 1984, 573-669.

²³³³ En ce sens, M.C. EVERSON, *Independent Agencies*, in *SOURCES AND CATEGORIES OF EUROPEAN UNION LAW. A Comparative and Reform Perspective*, G. Winter (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1996, 601-627.

²³³⁴ Cf. R. DEHOUSSE, *Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community*, JCMS, 1992, 383-402; du même auteur, *Regulation by network in the European Community: the role of European agencies*, JEPP, 1997, 246-61.

²³³⁵ R. BALDWIN, *RULES AND GOVERNMENT*, Clarendon Press, Oxford, 1995, not. 43-46; R. DEHOUSSE, *Towards a Regulation of Transnational Governance? Citizen's Rights and the Reform of Comitology Procedures*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 109-128.

²³³⁶ « *The most obvious answer is that the Union already has a far better way of checking technocratic policy-making than a system of supplementary law-making subject to judicial review... The Council does not delegate its law-making powers but exercises all its legislative powers itself* » (M. SHAPIRO, *Codification of Administrative Law: The US and the Union*, ELJ, 1996, 45).

²³³⁷ G. FRUG, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, HLR, Vol. 97, 1984, 1302 et ss.; également, T. LOWI, *THE END OF LIBERALISM. Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*, Norton & Company, New York, 1969, 299 et ss.; J.-H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980, 131 et ss.

²³³⁸ P. PESCATORE, *L'exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome*, CDE, 1978, 393.

large majorité des décisions prises par le Conseil prennent la forme de ratifications de décisions des experts du Comité des Représentants Permanents²³⁴⁰. Le Conseil apparaît démuné “techniquement” pour prendre ce genre de décisions.

790. On invoquera alors la montée de la codécision et le contrôle du Parlement. Mais si souhaitable que puisse être un Parlement haut situé au sein de l’Europe communautaire, le parlementarisme ne saurait être compté parmi les moyens sûrs d’assurer la légitimité de l’action administrative. Non seulement il ne possède pas les ressources techniques nécessaires pour orienter l’action administrative, mais il se trouve dépossédé d’un contrôle direct sur l’administration, du fait du système de réseaux et de comitologie mis en place par le Conseil et par la Commission²³⁴¹. Assurément, les pouvoirs du Parlement, accrus par le traité d’Amsterdam, pour exercer un contrôle indirect sur la bureaucratie communautaire sont légitimes et doivent être renforcés²³⁴². Les suites de la crise de l’ESB en attestent²³⁴³. Mais il paraît difficile de déplacer toute la responsabilité de la régulation du risque sur le seul contrôle parlementaire²³⁴⁴. En ce sens, la question de la *légitimité* n’est plus liée exclusivement à la question de la nature *démocratique* de l’Union.

B. La légitimation par l’expertise

791. Ces fondements, les trouvera-t-on dans l’administration des experts? Ce fut une tentation des années soixante-dix que de chercher dans l’expertise les moyens propres à assurer l’autonomie et la légitimité de l’administration. La régulation sociale entraîne effectivement l’Administration communautaire dans des négociations avec les « autorités compétentes ». Ainsi, « l’“européanisation” des compétences sur lesquelles une reconnaissance mutuelle de l’évaluation des risques et la formation d’un consensus puissent être construites présuppose la

²³³⁹ J.-P. JACQUE, *Cours général de droit communautaire*, COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW, Vol. I, Book 1, 1990, EUI, Nijhoff, Dordrecht, 284. L’auteur poursuit: « Il n’en demeure pas moins que, dans les faits, le contrôle démocratique à l’échelle nationale reste théorique... ».

²³⁴⁰ Le Conseil connaît la même détérioration générale du processus de formation de la volonté en arrangement technocratique et en compromis négocié qui affecte l’ensemble des démocraties constitutionnelles (Lire l’étude instructive de A. HERITIER (*The Accomodation of Diversity in European Policy making and its Outcomes: Regulatory Policy as a Patchwork*, EUI, WP SPS, 96/2, Florence, 1996).

²³⁴¹ On ne saurait, pour autant, négliger les tentatives récurrentes du Parlement pour intervenir dans les procédures de comitologie: à ce sujet, *infra* §§ 1031 et ss.

²³⁴² A ce titre, on peut citer la participation du Parlement à la nomination des membres de la Commission, la possibilité de créer des commissions temporaires (ce fut le cas, en 1996, pour la « crise de la vache folle »), la nomination du Médiateur qui a pour fonction de contrôler les cas de mauvaise administration), le droit d’examiner des pétitions, le contrôle du budget (qui prend une grande importance dans le cas des agences décentralisées: sur ce point, v. le débat entre le Parlement et la Commission in A. Kreher (ed.), *THE EC AGENCIES BETWEEN COMMUNITY INSTITUTIONS AND CONSTITUENTS: AUTONOMY, CONTROL AND ACCOUNTABILITY*, EUI, RSC, Florence, 1998).

²³⁴³ Cf. M. BLANQUET, *Le contrôle parlementaire européen sur la crise de la vache folle*, RMC, 1998, 457-470; C. WRIGHT, *Can the European Parliament Punish European Commission Officials? Who Takes the Blames for the BSE Mess?*, European Food Law Review, 1998, 39-46; G.R. CHAMBERS, *The BSE Crisis and the European Parliament*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 95-106.

²³⁴⁴ En ce sens, dans le contexte national britannique. E. FISHER, *Drowning by Numbers: Standard Setting in Risk Regulation and the Pursuit of Accountable Public Administration*, OJLS, 2000, 109-130.

mise en place d'une infrastructure qui n'assure pas seulement une coopération permanente entre la Communauté et les administrations nationales, mais aussi l'implication continuelle des communautés d'experts dont dépendent les autorités administratives nationales »²³⁴⁵. La référence au « fédéralisme administratif », utilisée par G. Majone, traduit bien cette nécessité de mettre en place des comités d'experts et des « communautés épistémiques » transnationales²³⁴⁶. Sont instituées « des procédures ad hoc de consultation pour l'élaboration des normes, la politique de recherche, et d'autres stratégies »²³⁴⁷.

792. Que résulte-t-il de cet imbroglio d'experts? L'image de l'Administration communautaire comme d'un « Super-Expert »²³⁴⁸? La base, en tout cas, n'est plus celle de l'Administration scientifique, prospective et rationnelle, dont le modèle avait été élaboré et développé au cours des années soixante-dix²³⁴⁹. Il est évident que, dans le contexte communautaire, il n'est plus possible de négliger les intérêts sociaux impliqués dans les politiques réglementaires. Deux facteurs, en effet, excluent qu'un appel exclusif à l'expertise puisse suffire. D'une part, dans le nouveau contexte d'incertitudes radicales des phénomènes sociaux, dont les modes de réaction sont quasiment imprévisibles, l'expertise ne peut seule prétendre résoudre les problèmes de causalité²³⁵⁰. D'autre part, dans un contexte de grandes différences culturelles²³⁵¹, l'expertise ne permet pas de combler les fossés qui séparent les politiques réglementaires nationales²³⁵². C'est pourquoi, au « fédéralisme administratif », il est recommandé d'adjoindre un « fédéralisme social ». Ce dernier vise l'intégration d'un « savoir social » composé des différentes « cultures

²³⁴⁵ G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 117.

²³⁴⁶ La notion de « communautés épistémiques » qui définit bien le recours à des groupes d'expertises pour résoudre chaque problème de la régulation sociale a été développée par E.B. HAAS dans le cadre international (*WHEN KNOWLEDGE IS POWER. Three Models of Change in International Organizations*, University of California Press, Berkeley, 1990). Cf. D. SIDJANSKI, *Communauté Européenne 1992: Gouvernement de comités?*, Pouvoirs, 1989, n°48, 71-80; dans le même sens, W. VAN GERVEN, *The Legal Dimension: The Constitutional Incentives for and Constraints on Bargained Administration*, in *CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, F. Snyder (ed.), Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996, 75-100.

²³⁴⁷ K.-H. LADEUR, *European Community Institutional Reforms. Extra-National Management as an Alternative Model to Federalism?*, LIEI, 1990/2, 11 (1-21).

²³⁴⁸ Cf. G. FRUG, *op. cit.*, not. 1327 et ss. (« *The Vision of Super-Expert* »).

²³⁴⁹ Les références classiques sont la « R.C.B. », rationalisation des choix budgétaires, ou la méthode « P.P.B.S. », Planning Programming Budgeting System (Sur la rationalisation de la gestion publique, v. les analyses complètes de J. CHEVALLIER, *SCIENCE ADMINISTRATIVE*, PUF, Paris, 1986).

²³⁵⁰ Rappelons que « l'action de la Communauté, qui complète les politiques nationales, porte sur (...) la prévention des causes de danger pour la santé humaine » (art. 152 § 1 al. 2 CE). Mais, en « univers controversés », « les conditions requises pour l'exercice d'un calcul des probabilités objectives ne sont pas réunies, puisqu'on doit affronter des univers incertains non répétitifs et des mondes ouverts, partiellement non représentés, mais mutuellement exclusifs » (O. GODARD, *De l'usage du principe de précaution en univers controversé*, *Futuribles*, février-mars 1999, 40). De manière générale dans le domaine du droit de l'environnement, P. KNOEPFEL, *Les cycles écologiques et le principe de légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité*, in *FIGURES DE LA LEGALITE*, C.-A. Morand (éd.), Publisud, Paris, 1992, 141-177. La jurisprudence nous offre des exemples de ces difficultés (CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni/Conseil*, C-180/96, I-2265; pour l'analyse: *infra*, §§ 900 et ss.).

²³⁵¹ Une bonne illustration en est fournie par la jurisprudence *Commission/France* à propos de la conception des machines à travailler le bois (CJCE, 28 janvier 1986, aff. 188/84, Rec. 419).

²³⁵² Ainsi, dans le domaine de la santé, R. BALDWIN, *RULES AND GOVERNMENT*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 260 et ss.

organisationnelles » propres aux acteurs sociaux et nationaux²³⁵³. Ce qui apparaît comme essentiel dans « des univers controversés » est la mise en place de procédures de controverses scientifiques et sociales²³⁵⁴. La base est ainsi élargie à l'ensemble des intéressés, capables de donner à l'action administrative une nouvelle « légitimité procédurale »²³⁵⁵.

C. La légitimité par les procédures

793. Cette légitimité repose sur un ensemble de trois éléments où la procédure apparaît comme une résultante incontournable: compétence, indépendance, efficacité. C'est d'abord la *compétence* et le professionnalisme qui permettent de donner de « puissantes raisons de résister à l'interférence et à l'autorité des profanes agissant dans la sphère politique »²³⁵⁶. Par là s'affirme son *indépendance*: l'Administration définit ses objectifs d'une façon plus ou moins autonome, en collaboration avec les acteurs sociaux et nationaux intéressés²³⁵⁷. Mais la légitimité de l'Administration résulte principalement de son *efficacité* dans des domaines limités mais décisifs et très techniques. A ce stade, « l'efficience peut même se substituer à la démocratie comme source de légitimation »²³⁵⁸. Son efficacité réside dans sa capacité à gérer l'information dans un contexte complexe et incertain. Le fait important, dans ces domaines, c'est l'information. Pour la gérer, l'administration doit devenir, à l'image des nouveaux dispositifs d'entreprise, une organisation « flexible, innovante et hautement compétente »²³⁵⁹. De là l'importance capitale des *procédures*²³⁶⁰. Les procédures permettent d'organiser des processus d'apprentissage et d'accroître le capital d'information de l'autorité de régulation²³⁶¹. Si l'information est la condition de son autonomie, le moyen de cette autonomie est la mise en place de procédures et de réseaux.

794. Insistons tout de suite sur les limites d'une telle stratégie. En développant les procédures, deux types de risques doivent notamment être évités: « celui d'imposer des coûts inutiles aux décideurs en encourageant un légalisme pointilleux, celui d'ouvrir la voie à des formes de contrôle juridictionnel excessif »²³⁶². L'expérience américaine apparaît exemplaire à cet égard. Le

²³⁵³ Cf. K.-H. LADEUR, *European Community Institutional Reforms. Extra-National Management as an Alternative Model to Federalism?*, Legal Issues of European Integration, 1990/2, 1-21.

²³⁵⁴ Comme le note O. GODARD, « Les conclusions scientifiques et les dires d'experts deviennent des enjeux instrumentalisés pour les stratégies d'acteurs, y compris, parfois, par celles des scientifiques eux-mêmes. La compétition économique sur les produits et sur les technologies s'accompagne alors d'une *compétition sur "visions du monde" et sur les "visions du futur"* » (*De l'usage du principe de précaution en univers controversé*, Futuribles, février-mars 1999, 41).

²³⁵⁵ Cf. G. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: The Question of Standards*, ELJ, 1998, 5-28.

²³⁵⁶ Cela n'exclut pas de fortes pressions de nature politique. D'où l'importance de techniques adéquates d'évaluation des résultats, de la mise en place de mécanismes d'auto-contrôle et de responsabilité qui l'oblige à « rendre des comptes » (*accountability*) (G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 132).

²³⁵⁷ Ibid., 123 et ss.

²³⁵⁸ M. JACHTENFUCHS, *Theoretical Perspectives on European Governance*, ELJ, 1995, 127.

²³⁵⁹ L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *op. cit.*, 118.

²³⁶⁰ G. MAJONE, *op. cit.*, 143-145.

²³⁶¹ D. CHALMERS, *Inhabitants in the Field of EC Environmental Law*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW*, P. Craig & G. de Búrca (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, 684.

²³⁶² Cf. R. DEHOUSSE, *Towards a Regulation of Transnational Governance? Citizen's Rights and the Reform of Comitology Procedures*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 109-128.

droit administratif américain a connu deux changements importants et concomitants au cours des années soixante-dix: d'abord l'essor de nouvelles politiques réglementaires en matière sociale (environnement, protection des consommateurs, santé et sécurité au travail, programmes de lutttes contre la discrimination professionnelle, etc.), ensuite la consécration législative et jurisprudentielle d'un ensemble complet de droits procéduraux au bénéfice des intéressés²³⁶³. Il est clair que le droit communautaire se trouve maintenant au cœur du premier changement. Mais, instruit de l'exemple américain, on conçoit qu'il s'efforce d'éviter de s'engager dans la seconde voie, pluraliste, formaliste et contentieuse²³⁶⁴. Aux Etats-Unis l'obligation de prendre en considération les intérêts de tous les groupes intéressés dans l'ensemble des procédures normatives a provoqué de nombreux blocages dans le processus décisionnel. Ce formalisme a rendu le processus de décision très coûteux et favorisé l'émergence d'un contrôle juridictionnel excessivement gênant²³⁶⁵. De là d'ailleurs que le droit administratif américain a dû s'orienter, ces dernières années, vers de nouveaux instruments de régulation. Telles sont la régulation décentralisée et négociée ou l'utilisation instruments économiques²³⁶⁶. Cette nouvelle voie est celle d'une « procéduralisation douce » de l'action administrative²³⁶⁷: son principe est que « la solution des problèmes exige des investigations et des débats nécessitant la *collaboration*, la *coopération* (et non plus la confrontation) de multiples parties et de leurs experts »²³⁶⁸.

795. Nul doute que tel est bien aussi le sens de l'évolution actuelle de l'administration communautaire. On assiste au développement des procédures de consultation, de participation et de coordination. On ne croira pas qu'il faille de longues démonstrations pour parvenir à ce résultat. Nous n'avons fait ici que suivre des travaux déjà importants. C'est pour nous un point de départ de l'analyse; le vrai problème de notre étude commence au-delà: dans une tentative pour donner un contenu et un sens précis à ce développement des procédures administratives.

²³⁶³ Voir, sur cette évolution, l'étude canonique de R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, HLR, 1975, 1669-1813; et, du même auteur, pour un bilan dix ans plus tard, *The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation*, Wisconsin Law Review, 1985, 655-686.

²³⁶⁴ Sur le modèle pluraliste qui a été élaboré pour répondre à un trop grand formalisme du droit administratif favorable à des phénomènes de « capture » des autorités régulatrices par les personnes régulées, voy. par ex. P. NONET, *The Legitimation of Purposive Decisions*, California Law Review, 1980, 263-300.

²³⁶⁵ Cf. C.S. SUNSTEIN, *Factions, Self-Interest, and the APA: Four Lessons since 1946*, Virginia Law Review, 1986, 271-296.

²³⁶⁶ Cf. R. STEWART, *Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework*, California Law Review, 1980, 1256-1377; du même auteur, *The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation*, Wisconsin Law Review, 1985, 655-686.

²³⁶⁷ L'expression est de R. DEHOUSSE (*op. cit.*, 109-128).

²³⁶⁸ Pour une introduction aux derniers changements du droit administratif américain, J. DE MUNCK & J. LENOBLE, *Droit négocié et procéduralisation*, in *DROIT NEGOCIE, DROIT IMPOSE?*, P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (dir.), Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1996, 175.

Chapitre III

LA PLACE DU FORMALISME PROCEDURAL

796. La régulation sociale multiplie les procédures administratives. Mais parvient-elle à y associer, comme la régulation économique, le développement de certaines garanties? Créées par le contentieux économique, comment les garanties de procédure pourraient-elles être transposées au sein de la régulation sociale? Une telle transposition est-elle souhaitable et avec quelles limites? Toute tentative de transposition apparaît non seulement *difficile* mais *ambiguë* (I). Elle reflète le développement de « politiques procédurales » (II). Elle appelle de ce fait un retour à un nouveau formalisme (III).

SECTION I. UNE TRANSPOSITION AMBIGUË

797. Il existe deux obstacles majeurs à la transposition des garanties procédurales dans ce domaine. Ils sont d'ailleurs d'inégale d'importance. La régulation sociale opère le plus souvent, par rapport à la régulation économique, un changement d'échelle. Très nombreuses sont en ce domaine les procédures normatives ou les procédures individuelles qui associent des actes à portée générale. Or, nous avons montré que la jurisprudence réserve l'application des droits de la défense aux procédures individuelles. En approfondissant la doctrine de la Cour sur ce point, nous verrons que son tort a été de séparer trop nettement mesures individuelles et mesures législatives, en méconnaissant différents niveaux intermédiaires de nature administrative. Il paraît possible de distinguer entre deux niveaux normatifs, l'un législatif et l'autre administratif. On est dès lors porté à rapprocher les procédures normatives et individuelles, sous l'angle de la protection procédurale²³⁶⁹. Restera à voir si le droit communautaire offre un fondement juridique à ce rapprochement. Mais à cette première difficulté s'en rattache tout de suite une autre, plus sérieuse.

§ I. DEUX INTERPRETATIONS DE LA PROCEDURE

798. De même que la notion de procédure était susceptible de recouvrir en droit économique deux conceptions majeures, la manière dont la régulation sociale se "procéduralise" se présente selon deux directions différentes et apparemment contradictoires.

799. La fameuse affaire *Technische Universität München*, jugée par la Cour le 21 novembre 1991, illustre cette difficulté. Cette affaire se situe justement à l'articulation de la régulation économique et de la régulation sociale. En matière de franchise ou de concours financier, il s'agit

²³⁶⁹ Cf. D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 476-479.

en effet d'appliquer une politique générale de redistribution et non pas de résoudre un litige ou d'imposer une sanction. Aussi la gestion d'une telle politique implique-t-elle en principe des choix purement discrétionnaires. Mais, d'autre part, elle nécessite la mise en place de procédures d'examen individuel par laquelle l'administration détermine l'octroi de la franchise ou du concours. Par l'effet de cette décision, l'individu se voit imposer une charge ou attribuer un avantage financier. Attribuant un avantage, la décision, bien qu'individuelle, demeure un élément d'une politique générale et échappe de ce fait à toute protection. Ce n'est que dans le cas où la décision est défavorable qu'elle doit prendre une forme contradictoire, parce qu'alors elle revient à imposer une sanction²³⁷⁰. Dans ce genre de procédures, la protection individuelle réside entièrement dans les droits à obtenir une décision suivant une procédure équitable.

800. C'est sans doute pourquoi la protection procédurale, tout en ayant une étendue limitée, revêt ici une intensité remarquable. Cet arrêt donne une expression générale à la protection procédurale en matière administrative:

« ... dans les cas où les institutions de la Communauté disposent d'un tel pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figurent, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce, le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante. C'est seulement ainsi que la Cour peut vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation ont été réunis. »²³⁷¹

Les moyens accueillis ici paraissent se rapporter par excellence à la maxime *Audi alteram partem*. Les garanties procédurales deviennent un moyen majeur d'encadrement du pouvoir discrétionnaire et de protection des personnes concernées. Dans les cas où l'administration fait usage de larges pouvoirs d'appréciation, l'accès à la procédure administrative fournirait en effet une garantie qui s'analyse, par rapport au « droit au juge », comme un véritable « droit à la procédure ». Telle est la première lecture, fondamentale, que nous offre cet arrêt.

801. Mais, à en lire attentivement le dispositif, une autre interprétation se présente. Que dit en effet la Cour de justice? Non point exactement qu'il s'agit de donner voix à tout particulier confronté à l'Administration, mais qu'il faut entendre cette entreprise, en l'espèce, parce qu'elle « connaît le mieux les caractéristiques techniques que doit remplir l'appareil scientifique, eu égard aux travaux envisagés ». C'est parce qu'elle est la mieux placée pour aider à résoudre un problème complexe que l'entreprise concernée doit être entendue. Elle est dès lors considérée,

²³⁷⁰ Il s'agit d'une règle générale en matière de régulation sociale, TPICE, 1er décembre 1999, *Boehringer Sohn/Conseil*, aff. jtes T-125/96 et T-152/96, pt 166, nep: dans cette affaire relative aux procédures de mise sur le marché des médicaments vétérinaire, le Tribunal rappelle que « si l'inclusion d'une substance dans l'une des annexes du règlement n° 2377/90, à la demande de la personne responsable de sa mise sur le marché, prend la forme d'un règlement, le rejet d'une telle demande revêt, quant à lui, celle d'une décision dans la pratique de la Commission ».

²³⁷¹ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, pt 14, I-5499.

non pas tant comme une partie à protéger, mais comme une source d'information pour l'autorité de régulation. Dans un arrêt du 13 décembre 1995, dans lequel le Tribunal de première instance était appelé à se prononcer sur la recevabilité de recours en annulation intentés par des associations professionnelles à l'encontre de mesures sanitaires restrictives de portée générale adoptées par la Commission, le juge communautaire rappela que la « solution à laquelle la Cour est parvenue dans l'affaire Technische Universität München ne peut être retenue en l'espèce ». La raison en est celle-ci:

« En effet, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Technische Universität München, dans le présent litige la Commission n'a pas pris les décisions contestées pour résoudre une question qui concernait, de fait, spécifiquement un seul opérateur économique bien déterminé. Par ailleurs, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une situation dans laquelle les caractéristiques de la matière concernée sont, par définition, le mieux connues par les parties requérantes. »²³⁷²

Existerait-il, en matière de régulation sociale, une équivalence, pas toujours explicite, entre détention d'information et participation à la procédure? Vérifiée à l'égard de certains tiers dans les procédures économiques²³⁷³, cette équivalence s'étend-elle à l'ensemble des personnes concernées dans les procédures de régulation sociale? Il faudrait ainsi que la partie concernée justifie d'un intérêt spécifique à la poursuite de la politique envisagée. Il ne s'agit pas du tout d'un simple intérêt général à l'adoption de ces mesures, puisque devrait être démontré *un intérêt « cognitif », lié à la détention d'un savoir particulier.*

§ II. DE « AUDI ALTERAM PARTEM » A « QUOD OMNES TANGIT »

802. S'il s'avère que la participation s'analyse autant comme la possibilité d'obtenir des éléments d'information que comme le moyen de donner aux personnes visées l'occasion de présenter leur point de vue, ne faudrait-il pas dire que la partie concernée est consultée plutôt qu'entendue? Ce qu'on peut mieux entendre dans la maxime *Quod Omnes Tangit*. Cette maxime a une signification précise et ancienne. Elle suggère l'idée générale d'une participation d'associés à la résolution de questions particulières²³⁷⁴. Elle s'écarte de la notion processuelle des droits de

²³⁷² TPICE, 13 décembre 1995, *Exportateurs in Levende Varkens e.a./Commission*, aff. jtes T-481/93 et T-484/93, pt 57, II-2963 (nous soulignons).

²³⁷³ Cf. l'analyse d'un arrêt rendu peu après l'arrêt *Technische Universität München*, CJCE, 28 novembre 1991, *BEUC/Commission*, C-170/89, I-5709 (Partie I. Chap. III. Section II).

²³⁷⁴ Cette formule développée au Moyen-Age vient du droit romain. Une étude exhaustive en a été donnée par Gaines POST (*A Romano-Canonical Maxim. 'Quod Omnes Tangit'*, in *Bracton and its Early Parliaments*, in *STUDIES IN MEDIEVAL LEGAL THOUGHT. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton University Press, Princeton, 1964, 163-237). Il est significatif qu'une telle formule ait été utilisée par N. LUHMANN à l'appui d'une critique de la théorie procédurale du droit proposée par J. Habermas (*Quod omnes tangit. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas*, *Actuel Marx*, n° 21, 1997, 29-48). Il rappelle ainsi que « *Quod omnes tangit...* est devenu une maxime du droit des personnes morales, toujours évoquée lorsque les membres d'un rang social suffisamment élevé, donc, d'après leur origine, la partie la meilleure (*melior*) ou celle qui argumentait

la défense (*audi alteram partem*). Le droit accepte de reconnaître la qualité de partie à de nombreux tiers, pourvu qu'ils se présentent comme des informateurs. Mais, en ce sens également, il y a loin de la participation procédurale à la représentation démocratique des intérêts. La procédure administrative communautaire n'est pas prête à s'ouvrir, à l'instar des procédures administratives américaines, à la prise en compte de *tous* les intéressés: seuls ceux qui sont capables d'apporter des éléments pertinents d'information méritent d'être entendus. Cette conception, qui repose sur une « conception instrumentale de la participation »²³⁷⁵, est aussi bien la formule du « nouveau management »²³⁷⁶.

803. Le changement de perspective est important. De la régulation économique à la régulation sociale, les conditions de production de la norme ont changé. Tandis que la première d'essence répressive tend à camper une opposition entre deux parties, la seconde opère une redistribution des rôles autour d'un partage de responsabilités cognitives. L'administration est désormais beaucoup plus dépendante de la coopération et de l'accumulation d'informations issue d'observations faites par les opérateurs concernés eux-mêmes (y compris les Etats²³⁷⁷). Ce changement institutionnel et normatif dérive sans doute d'une modification plus générale et plus profonde des conditions sociales d'acquisition du savoir. D'une formule, on peut entendre cette modification comme *le passage d'un système d'inspiration Saint-Simoniste à un système proche des théories d'Herbert Simon*.

804. En un mot, l'intérêt de la doctrine de Saint-Simon, pour notre propos, tient à ce qu'elle fonde un modèle de gouvernement administratif incarné par une élite compétente qui suppose une parfaite maîtrise de son environnement²³⁷⁸; l'efficacité mesurée à la capacité d'atteindre par une voie directe et autoritaire des objectifs bien définis devient, dans ces conditions, le principe moteur de toute action²³⁷⁹. Au siècle suivant, Herbert A. Simon privilégie encore l'efficacité dans la prise de décision, mais il insiste surtout sur les limites d'expertise et d'information dont l'administration peut disposer. Celle-ci opère en effet sous l'hypothèse d'une « rationalité

rationnellement (*sanior*), revendiquaient et voulaient imposer leur participation ou devaient être invités au cours de la procédure afin qu'une décision puisse être prise de manière juridiquement valide » (30).

²³⁷⁵ Sur la conception instrumentale de la participation, qui s'inspire de l'ancienne formule *quod omnes tangit, ab omnibus approbetur*, v. les indications très riches de G. PARRY, *The idea of political participation*, in *PARTICIPATION IN POLITICS*, G. Parry (ed.), Manchester University Press, London, 1972, not. 20-26.

²³⁷⁶ Sur la distinction entre « bon management » et « bon gouvernement », J. LECA, *Sur la gouvernance démocratique: entre théorie et méthode de recherche empirique*, Politique européenne, avril 2000, n° 1? 108-129.

²³⁷⁷ En général, M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, *Les obligations communautaires des Etats membres en matière de transparence*, in *LA TRANSPARENCE DE L'UNION EUROPEENNE. Mythe ou principe juridique?*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 175-194.

²³⁷⁸ Sur la substitution du pouvoir administratif à l'action gouvernementale, lire un texte bref mais éloquent: *Administration et Gouvernement*, in *L'ŒUVRE D'HENRI DE SAINT-SIMON*, Textes choisis par C. Bouglé, Alcan, Paris, 1925, rééd. Arno Press, New York, 1979, 198-203. De manière générale, v. l'ouvrage remarquable de P. ANSART, *SOCIOLOGIE DE SAINT-SIMON*, PUF, Paris, 1970.

²³⁷⁹ Est-il besoin de rappeler que la doctrine technicienne de Saint-Simon a profondément inspiré l'un des pères fondateurs d'une Europe communautaire fondée sur un espace économique et concurrentiel, Jean Monnet (Cf. D. HAMON & I.S. KELLER, *FONDEMENTS ET ETAPES DE LA CONSTRUCTION EUROPEENNE*, PUF, Paris, 1997, 102-103; v. également J.-P. THOMAS, *Saint-Simon et l'Europe*, Les Temps Modernes, n° 605, 1999, 219-230).

limitée »²³⁸⁰. Cette hypothèse a pour origine la complexité de la situation de choix d'un comportement, relativement à la faculté du sujet à traiter l'information disponible. Dans un tel environnement, l'efficacité se mesure à la seule capacité de s'adapter et de mettre en place des procédures de délibération et d'apprentissage²³⁸¹.

805. Dès lors, il n'est plus possible de partir des *situations* individuelles pour les opposer à un contexte d'efficacité générale et centralisée²³⁸²; ce qui compte, ce sont les différentes *positions* qu'occupent, au sein d'un ensemble de processus décentralisés, un certain nombre d'acteurs conçus eux-mêmes comme des « systèmes d'information »²³⁸³. Telle est la transformation à laquelle l'analyse juridique est amenée. On ne peut plus considérer simplement, à la manière classique, que les droits subjectifs figent des « situations »²³⁸⁴. Les garanties juridiques auraient plutôt pour fonction de circonscrire et de mettre en relation des « positions », qui s'attachent moins à des individus qu'à des stratégies d'information. De là, on s'en doute, découle une nouvelle manière d'envisager la place du droit.

806. De la même manière que le formalisme procédural, importé dans la régulation économique, se décompose en deux éléments perpétuellement en tension, l'un objectif et l'autre subjectif, ainsi le formalisme procédural se résout, au sein de la régulation sociale, en deux éléments fondamentaux: un élément cognitif (*Quod Omnes Tangit*) et un élément qui ne l'est pas (*Audi Alteram Partem*). On objectera peut-être aussitôt que ces deux éléments ne sont nullement inconciliables. N'est-ce pas dans une conciliation entre l'objectif et le subjectif que se résout le développement du formalisme procédural au sein de la régulation économique? N'est-ce pas déjà ce que semble attester la jurisprudence *Technische Universität München*? Grande cependant est la différence qui en théorie sépare ces deux éléments et, avant d'envisager une réconciliation, il convient d'en mesurer la portée. Cette distinction a sans doute moins de force quand il s'agit d'étudier une décision individuelle et isolée. Mais elle en acquiert davantage et s'accroît, si l'on considère le cycle long des politiques et des transformations dans lequel est engagée l'administration communautaire. La question des procédures est fortement liée à celle de la « gouvernance européenne ». Mais, de la sorte, elle la rend tout de suite ambiguë. Chacun de ces deux éléments est en effet porteur d'un projet et d'une dynamique propres. *Notre hypothèse est qu'il faut se reporter au premier, qui est cognitif, pour comprendre l'essor des politiques*

²³⁸⁰ Cf. C. QUINET, *La rationalité limitée ou procédurale ou encore intuitive selon Herbert Simon*, in *FORMES DE RATIONALITE ET PHRONETIQUE MODERNE*, A. Tosel (dir.), Les Belles Lettres, Paris, 1995, 67-118.

²³⁸¹ Cf. H.A. SIMON, *ADMINISTRATIVE BEHAVIOR*, The Free Press, New York, 3rd ed., 1976. Voir, en général, M. CROZIER, *Ce que nous a apporté Herbert Simon*, *Revue française de gestion*, 1993, 85-86. Sur l'influence de ses travaux dans le domaine administratif, C.R. DAVIS, *The Administrative Rational Model and Public Organization Theory*, *Administration & Society*, 1996, 39-60.

²³⁸² Notons qu'à l'époque où écrit Saint-Simon, un auteur, d'inspiration libérale, a senti la nécessité de défendre les garanties individuelles face à une action publique qui s'inspire de plus en plus du mode de production industrielle (DAUNOU, *ESSAI SUR LES GARANTIES INDIVIDUELLES QUE RECLAME L'ETAT DE NOTRE SOCIETE* (1819), Ed. Belin, Paris, 2000).

²³⁸³ Cf. J. THEVENOT & B. FRANCE-LANORD, *Systèmes d'information: un précurseur (H.A. Simon)*, *Revue française de gestion*, 1993, 96-111.

²³⁸⁴ L'auteur qui a le plus poussé l'analyse des droits subjectifs en terme de « situations » est P. ROUBIER (*De la légitimité des situations juridiques*, in *MELANGES JEAN DABIN*, Bruylant, Sirey, Bruxelles, Paris, 1963, 265-291).

procédurales en matière de régulation sociale communautaire, et au second, qui ne l'est pas, pour développer la critique juridique qui convient à cet essor.

SECTION II. LES POLITIQUES PROCEDURALES

807. Au premier élément est liée une tendance particulièrement forte de la nouvelle régulation économique et sociale communautaire. Les relations entre Administrations et administrés se transforment en relations de *partenariat*. De cette mutation et des difficultés qui en résultent pour l'organisation de l'action publique portent témoignage un ensemble de nouvelles théories sur le management public, qui se sont développées dans les différents contextes nationaux²³⁸⁵. Cependant, pour la compréhension du système communautaire, il faut insister sur un aspect quelque peu marginal de ces nouvelles théories. Tandis que, dans l'ensemble des administrations nationales, c'est « l'économisation de l'action administrative » qui passe pour le résultat le plus significatif de ces transformations, la nouvelle régulation communautaire, caractérisée par un champ d'action et des ressources limités, privilégie « la procéduralisation »: K.-H. Ladeur a qualifié de tendance qui devient « inéluctable » le fait que les règles classiques du droit public de l'Etat « s'effondrent avec l'établissement de nouveaux domaines d'action et la nécessité de mettre en place un nouvel ordre juridique (par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement, de la normalisation ou de l'eupéanisation de certaines fonctions administratives liée à l'achèvement du marché intérieur) »²³⁸⁶.

§ I. LA NOUVELLE GOUVERNANCE ADMINISTRATIVE

808. Cette tendance est à l'origine du développement des « politiques procédurales »²³⁸⁷. Elle a alimenté une multiplicité de travaux théoriques, eux-mêmes déterminés par des approches différentes. Ces travaux ont pour point commun, de manière inégalement explicite d'ailleurs, d'établir l'importance d'une « procéduralisation » dans la conduite de l'action publique. Il s'agit pour l'essentiel de l'idée qu'un « nouveau style de la régulation » doit s'imposer dans les systèmes administratifs, où l'information et la procédure apparaissent comme deux points

²³⁸⁵ Dans une perspective historique, F. DREYFUS, *L'INVENTION DE LA BUREAUCRATIE. Servir l'Etat en France, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis (XVIIIe-XXe siècle)*, La Découverte, Paris, 2000, not. 239 et ss. (« *Managérialisme ou retour du politique?* »). D'un point de vue théorique, v. l'ouvrage collectif dirigé par M. FINGER & B. RUCHAT, *POUR UNE NOUVELLE APPROCHE DU MANAGEMENT PUBLIC. Réflexions autour de Michel Crozier*, Seli Arslan, Paris, 1997.

²³⁸⁶ K.-H. LADEUR, *Proceduralization and the Management of Complexity in Public Organizations: The Case of the European Environment Agency*, in *THE EC AGENCIES BETWEEN COMMUNITY INSTITUTIONS AND CONSTITUENTS: AUTONOMY, CONTROL AND ACCOUNTABILITY*, A. Kreher (ed.), EUI, RSC, Florence, 1998, 143-163.

²³⁸⁷ Sur ce développement, affectant aussi bien le système communautaire que les systèmes nationaux, on se rapportera avec profit aux travaux de P. LASCOUMES (*Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques*, L'Année sociologique, 1990, n° 40, 43-71; du même auteur, *Rendre gouvernable: de la "traduction" au "transcodage"*, in *LA GOUVERNABILITE*, CURAPP, PUF, Paris, 1997, 325-338; P. LASCOUMES & J.-P. LE BOURHIS, *Définir l'intérêt général*, Politix, Revue des sciences sociales du politique, n° 42, 1998, not. 39 et ss.).

centraux²³⁸⁸. Comme le rappellent les auteurs du rapport « *Governance* », commandé par la Commission européenne, « *la Commission n'est en aucun cas à la périphérie de ces développements, mais s'y trouve au contraire directement impliquée* »²³⁸⁹.

809. Selon ce nouveau style, à la police administrative, fondée sur la contrainte et le formalisme rigide du droit, se substitue une régulation indirecte, fondée sur l'information, la coordination et l'argumentation. Tournant stratégique qui substitue la persuasion à la dissuasion²³⁹⁰. La raison principale en est que les acteurs avec lesquels l'Administration est en relation se dérobent à toute régulation impérative et ne sont plus sensibles qu'au moyen persuasif de la communication. Ces acteurs, on le sait, ce sont d'abord les organisations économiques, les associations d'intérêts sociaux, et les bureaucraties nationales. A l'égard de ces nouveaux intérêts fortement organisés, la sanction est largement inopérante: elle n'arrête pas ceux qui trouvent dans la désobéissance à la règle un profit supérieur aux inconvénients produits par la sanction. On ne peut plus compter sur elle pour atteindre les objectifs nécessaires, sauf à accepter un renforcement de l'appareil administratif répressif, dont l'efficacité comme la légitimité paraissent plus que douteuses. Il importe dès lors de chercher ailleurs les ressorts de l'action administrative, en inventant de nouvelles stratégies. Stratégies qui impliquent toutes une mobilisation accrue de l'information²³⁹¹. La procédure administrative fait ainsi l'objet d'une « modélisation » circulaire et abstraite: mise en œuvre d'une « *recherche de l'information* »²³⁹² à travers la mise en place de réseaux, de structures de management et de coordination en vue d'une « *régulation par l'information* »²³⁹³. Or, au regard de ce but, il n'y a pas tellement de différence entre autorité régulatrice et acteur régulé: celle-là ne jouit pas d'une autorité supérieure du fait qu'elle est censée poursuivre des intérêts généraux, mais tous deux, disposant d'instruments d'information et de ressources organisationnelles équivalents et complémentaires, nécessitent de collaborer pour atteindre ces objectifs en commun.

²³⁸⁸ Topique est le cas de la politique de l'environnement: comme le montre P. LASCUMES, « le processuel l'emporte sur le substantiel » (*L'ECO-POUVOIR. Environnements et politiques*, La Découverte, Paris, 1994, not. 104). Ainsi le droit de l'environnement « doit être considéré avant tout comme un droit procédural » (A. KISS, *La reconnaissance de droits fondamentaux dans le domaine de l'environnement*, in *EC ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY & EU CONSUMER LAW AND POLICY: CONVERGING AND DIVERGING TRENDS*, C. Kye (ed.), Story-Scientia, Bruxelles, 1995, 121).

²³⁸⁹ Commission des C.E. (Cellule de Prospective), *GOVERNANCE*, Progress Report, CdP(96)2216, 1996, Bruxelles, 3 (notre trad.).

²³⁹⁰ En France, l'auteur de référence est M. CROZIER, *ETAT MODERNE, ETAT MODESTE. Stratégie pour un autre changement*, Fayard, Paris, 1987, 147 et ss.; en Grande-Bretagne, C. HOOD & M. JACKSON, *ADMINISTRATIVE ARGUMENT*, Aldershot, 1991, qui écrivent dans le même sens: « *administrative argument is typically not a process of validation and disproof using hard data but rather a process of persuasion* » (200); aux Etats-Unis, voy. G. MAJONE, *EVIDENCE, ARGUMENT AND PERSUASION IN THE POLICY PROCESS*, Yale University Press, New Haven, 1989.

²³⁹¹ On en trouvera une description exhaustive dans Y. PAPADOPOULOS, *COMPLEXITE SOCIALE ET POLITIQUES PUBLIQUES*, Montchrestien, Paris, 1995; v. également H. WILLKE, *Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes relationnels*, in *L'ETAT PROPULSIF. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, C.-A. Morand (éd.), Ed. Publisud, Paris, 1991, 65-94.

²³⁹² Cf. K.-H. LADEUR, *Proceduralization and its Use in Post-Modern Legal Theory*, EUI WP Law, 96/5, Florence, 1996.

²³⁹³ Cf. G. MAJONE, *The new European agencies: regulation by information*, JEPP, 1997, 262-275.

810. Concrètement, il s'agit de s'engager dans de nouvelles formes de délégation, de coopération et de négociation avec les acteurs sociaux concernés. Ainsi, trois types de procédures sont privilégiés. Des procédures sont d'abord requises dans le but de canaliser l'incertitude et de prévenir les risques: ce sont les procédures d'expertise. La décision n'appartient pas aux experts, mais leur présence est nécessaire car ils détiennent les connaissances très spécialisées qu'il faut maîtriser en matière d'innovation. Ainsi, les échanges entre systèmes-experts au sein de la procédure administrative ont pour fonction d'éviter le dysfonctionnement, voire les défaillances, de la régulation administrative. Luttant contre les rigidités, un tel modèle favorise ensuite les procédures informelles de consultation. La participation des personnes concernées par la régulation n'est pas écartée, au contraire elle est encouragée. Il s'agit cependant d'un usage stratégique de la participation: « la participation pas tant comme exigence découlant de l'attachement à un idéal de démocratie élargie, mais comme aide à la gouvernabilité »²³⁹⁴. Si la personne concernée est convoquée, c'est parce qu'elle détient un élément d'information utile pour améliorer la décision administrative. A la limite, c'est en tant qu'« *analyste* »²³⁹⁵ ou comme « *processeur d'information* »²³⁹⁶ que le citoyen peut figurer dans la procédure de décision. Les « idées » comptent pour autant qu'elles participent à un processus de « redécouverte de l'efficacité »²³⁹⁷. Enfin, ce modèle nécessite une « amélioration de la coordination »²³⁹⁸. Au total, ce processus correspond à la naissance d'un nouveau type de « *gouvernance administrative* »: « le modèle *ex ante* de gouvernance supposait une accumulation et un traitement vertical des informations aboutissant à des ordres stricts; le nouveau modèle de gouvernance — *ex post* — repose à l'inverse sur la fluidité des informations, sur la flexibilité et l'adaptation. Fondé sur la perméabilité matérielle et temporelle, il aboutit à des décisions concertées et négociées »²³⁹⁹.

§ II. LE MODELE DU MANAGEMENT

811. L'erreur serait de confondre le développement de ces procédures avec la naissance d'un modèle démocratique. Certes, dans tous les domaines de la régulation sociale, le dialogue est encouragé²⁴⁰⁰. Cependant, comme le rappelle J. Leca, il ne faut pas confondre « *un Etat démocratique* », fondé sur la représentation et la participation libre, et « *une administration partenaire* », fondée sur la recherche de la performance, l'évaluation et une participation

²³⁹⁴ Y. PAPADOPOULOS, *op. cit.*, 141.

²³⁹⁵ Cf. J. SUBIRATS, *Policy Instruments, Public Deliberation and Evaluation Processes*, Estudios/Working Paper, 1994/51, February 1994. L'auteur a cette formule: « *Citizens as analysts, analysts as citizens* » (9).

²³⁹⁶ J. THEVENOT & B. FRANCE-LANORD, *Systèmes d'information: un précurseur (H.A. Simon)*, Revue française de gestion, 1993, 96.

²³⁹⁷ Cf. G. MAJONE, *Décisions publiques et délibération*, RFSP, 1994, 579-598.

²³⁹⁸ G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 119.

²³⁹⁹ N. BELLOUBET-FRIER, *Conclusion*, in *LES ADMINISTRATIONS QUI CHANGENT. Innovations techniques ou nouvelles logiques?*, G. Timsit, A. Claisse & N. Belloubet-Frier (dir.), PUF, Paris, 1996, 220; v. également J.G. MARCH & J.P. OLSEN, *DEMOCRATIC GOVERNANCE*, The Free Press, New York, 1995.

²⁴⁰⁰ La Commission se réfère explicitement à la dimension démocratique de la gestion de la régulation sociale (voy. par ex. Communication de la Commission, *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne*, JOCE 1992, C 96/2, § 18).

sélective²⁴⁰¹. La nouvelle régulation sociale sort tout à fait d'une opposition entre administration démocratique et administration technocratique, héritée des débats de l'Etat-providence²⁴⁰²: elle n'est pas technocratique, l'ouverture étant devenue une nécessité; elle récupère le discours démocratique, mais en le transformant.

812. Il est vrai que « l'innovation à tout vent au cœur de la société du risque prédispose aux débats et aux divergences collectives par suite de la nouveauté surprenante et de coups portés aux *statu quo* ou à des intérêts ». P. Drucker, fondateur de « l'art pratique du management », peut ainsi y voir un mode de démocratisation du capitalisme²⁴⁰³. La régulation de l'innovation met en place des procédures d'apprentissage destinées à incorporer des intérêts et des savoirs divers. En cela, il est vrai, elle promeut la communication entre un grand nombre d'acteurs, la recherche de solutions communes et la prolifération de formules participatives²⁴⁰⁴. Il est d'ailleurs tout à fait remarquable que cette nouvelle conception se réclame volontiers de la « philosophie communicationnelle » incarnée par J. Habermas. Et sans doute partage-t-elle avec cette dernière une rhétorique de la « communication » et de la « délibération ». Mais délibérer, ici, ce n'est pas garantir la représentation de tous les intérêts en présence. Le modèle démocratique génère des lourdeurs bureaucratiques incompatibles avec des structures légères et un environnement d'innovation. Plutôt que d'une procédure *communicationnelle*, qui suppose dans sa dernière version de tenir les promesses d'une démocratie radicale, il serait plus juste de parler d'une procédure de type *computationnel*, au sens des sciences cognitives: celles-ci insistent sur l'interaction entre acteurs intéressés par la *résolution de problèmes particuliers*²⁴⁰⁵.

De ces procédures flexibles et managériales, le droit n'est pas absent²⁴⁰⁶. Mais les stratégies contentieuses, qui figent les positions, doivent être évitées. Il faut alors se demander quelle peut être la fonction des garanties juridiques.

²⁴⁰¹ Sur ce point, J. LECA, *L'administration entre productivité et partenariat*, in *L'ETAT MODERNE ET SON ADMINISTRATION. Nouveaux contextes, nouvelles éthiques, nouveaux experts*, C. Join-Lambert (dir.), LGDJ, Paris, 1994, 26-35; du même auteur, *Le gouvernement en Europe, un gouvernement européen?*, Revue Politiques et Management public, 1997, 21-31.

²⁴⁰² On trouvera les meilleures traces de ce débat dans l'ouvrage de J. HABERMAS, *RAISON ET LEGITIMITE. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. de l'allemand par J. Lacoste, Payot, Paris, 1978, not. 177-193. L'idée de démocratie administrative a fait florès à l'époque, touchant les ouvrages juridiques (G. ISAAC, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968, 240).

²⁴⁰³ Cf. J.-G. PADIOLEAU, *La société du risque, une chance pour la démocratie*, Le Débat, n° 109, mars-avril 2000, 48.

²⁴⁰⁴ Sur ce développement, en Europe, K.-H. LADEUR, *Towards a Legal Concept of the Network in European Standard-Setting*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 151-170; aux Etats-Unis, J. DE MUNCK & LENOBLE, *Droit négocié et procéduralisation*, in *DROIT NEGOCIE, DROIT IMPOSE?*, P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (dir.), Publications des FUSL, Bruxelles, 1996, 171-196.

²⁴⁰⁵ « Problem-solving is a set of negotiation strategies which includes 'brainstorming in search of solutions' and 'constructing new options that have not previously been considered' » (A. GARCIA, *Interactionist constraints on proposal generation in mediation hearings: a preliminary investigation*, Discourse & Society, 1997, vol. 8, 219-247).

²⁴⁰⁶ Voy. en général J. CHEVALLIER, *La juridicisation des préceptes managériaux*, Politiques et management public, 1993, vol. 11, n° 4, 120-124. Même si son importance est généralement sous-estimée par les tenants de l'analyse des politiques publiques. En ce sens, J. CAILLOSSE, *A propos de l'analyse des politiques publiques*:

SECTION III. UN « RETOUR DU DROIT »?

813. Apparaît ici le point « où le droit finit »²⁴⁰⁷? Certes, il faut se garder de toute distinction tranchée entre « droit » et « non droit ». A juste titre, la distinction est considérée comme dogmatique²⁴⁰⁸. Il y a tout de même lieu de s'interroger sur l'idée du droit que ces nouvelles techniques juridiques révèlent²⁴⁰⁹. Ce modèle d'évolution stimule, on l'a vu, le développement d'un droit procédural: on propose même le terme générique de « procéduralisation » pour désigner le rôle spécifique que le droit assume dans ce nouveau modèle²⁴¹⁰. Mais, justement, il faut distinguer²⁴¹¹.

§ I. LE REFUS DU FORMALISME

814. Autre chose en effet est un droit procédural fondé sur le modèle du procès équitable, autre chose la procéduralisation, qui est d'abord l'idée selon laquelle le droit doit se contenter de mettre en place des procédures pour gérer des situations d'incertitude ou de crise. En ce sens, la procéduralisation désigne beaucoup plus que la consécration de simples garanties de procédure: l'utilisation d'une panoplie d'instruments de connaissance et de procédures de négociation, d'évaluation et de contrôle. Si elle utilise les garanties procédurales, c'est uniquement au service de la production et de l'échange d'informations. Caractérisée non pas tant par une importance croissante de la procédure juridique que par la nécessité de produire de l'information dans un contexte de complexité²⁴¹², il s'agit, à vrai dire, d'une « procéduralisation du savoir » autant que

réflexions critiques sur une théorie sans droit, in *LA JURIDICISATION DU POLITIQUE. Leçons scientifiques*, J. Commaille, L. Dumoulin & C. Robert (dir.), LGDJ, Paris, 2000, 47-59.

²⁴⁰⁷ Cf. C. STONE, *WHERE THE LAW ENDS. The Social Control of Corporate Behaviour*, Harper & Row, New York, 1975.

²⁴⁰⁸ Voy. la mise en garde d'A. JEAMMAUD, *Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale*, in *LA REGULATION ENTRE DROIT ET POLITIQUE*, M. Miaille (dir.), L'Harmattan, Paris, 1995, 95-125.

²⁴⁰⁹ A moins d'abandonner toute idée de « critique juridique »: en ce sens, en général, dans le domaine du droit économique, G. FARJAT, *Les pouvoirs privés économiques*, in *Mélanges Kahn*, à paraître; dans le domaine du droit du travail, A. SUPLOT, *CRITIQUE DU DROIT DU TRAVAIL*, PUF, Paris, 1994, not. 187-228.

²⁴¹⁰ Cf. G. TEUBNER, *La juridicisation: concepts, caractères, limites et alternative*, in *DROIT ET REFLEXIVITE. L'autoréférence en droit et dans l'organisation* (trad. de l'allemand par N. Boucquey & G. Maier), Story-Scientia, LGDJ, Paris, 1994, 89.

²⁴¹¹ Pour un inventaire des significations de cette notion utilisée sans rigueur dans les contextes les plus divers, A. JEAMMAUD, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, not. 66-69.

²⁴¹² En ce sens, K.-H. LADEUR: *la procéduralisation « would be characterized less by the growing importance of legal procedure as such than by the necessity of knowledge generation and the design of experimental models on the basis of partial, fragmentary knowledge »* (*Post-Modern Constitutional Theory*, EUI, WP Law, 95/6, 1995, 6); J. BLACK: *« procedural regulation goes beyond public lawyers' traditional conceptions of 'fair procedure'. Procedural regulation, as used in this theoretical context, means patterning decision processes, changing organisational structures and altering power relationships »* (*Constitutionalising Self-Regulation*, MLR, 1996, 47).

du droit²⁴¹³. A la limite, il n'y aurait de place, dans ce modèle, pour la participation qu'en tant qu'elle est vecteur d'information.

815. L'idée fondamentale de la procéduralisation est donc aussi de rompre avec le formalisme administratif, et, partant, avec tout formalisme juridique²⁴¹⁴. Non seulement il s'agit de contourner la voie contentieuse, car elle « empêche de répondre à ce besoin de plus en plus essentiel qui apparaît avec le développement de la complexité: mobiliser les imaginations et les talents des citoyens pour que le service soit moins coûteux, plus pertinent, plus efficace »²⁴¹⁵. Mais, à travers le juge, c'est tout le formalisme du droit qui est visé, car celui-ci a un coût non seulement économique mais social qui peut être excessif. Le coût de la légalité réside dans une « rigidité artificielle » et une simplicité incapable « d'offrir des solutions à des problèmes profonds issus des sociétés modernes »²⁴¹⁶. Ainsi par exemple, dans le domaine de l'environnement, la Commission a reconnu que l'« approche exclusivement juridique s'est avérée souvent inefficace ou impraticable »²⁴¹⁷. Il ne s'ensuit pas l'élimination de toute règle générale impérative. Mais aux règles générales et aux protections individuelles, il convient de substituer des instruments de participation collective favorisant les consensus. On conçoit qu'une telle conception interdit par principe tout « *concept significatif de codification des procédures* »²⁴¹⁸.

§ II. LA FONCTION DU FORMALISME PROCEDURAL

816. Seulement, on ne peut exclure que le développement de ces politiques procédurales produise des effets *d'exclusion* pour ceux qui ne possèdent pas les ressources nécessaires pour participer et des effets de *dé-responsabilisation* en multipliant les contacts et les arènes de discussion. C'est pourquoi de nombreux auteurs appellent aujourd'hui à un « retour du droit »²⁴¹⁹.

²⁴¹³ G. TEUBNER, *op. cit.*, 201 et ss. Du reste, « il n'est pas exclu que ceci dépasse les capacités internes du droit » (97).

²⁴¹⁴ Sur la relation entre la théorie formaliste de la bureaucratie et la théorie formelle du droit, voir D. WALDO, *THE ADMINISTRATIVE STATE. A Study of the Political Theory of American Public Administration*, Holmes & Meier, New York, 2nd ed., 1984, 79-80.

²⁴¹⁵ Une analyse empirique confirmerait sans doute ce point. La voie contentieuse est perçue comme dichotomique dans une société économique où les acteurs doivent privilégier le consensus. Il est plutôt recommandé de se servir des techniques d'évaluation modernes pour « convertir les plaintes du public en sources d'information et en pressions pour le changement. On ne cherche pas à changer les motivations des partenaires, mais à les rendre utiles à l'amélioration du système » (M. CROZIER, *ETAT MODERNE, ETAT MODESTE. Stratégie pour un autre changement*, Fayard, Paris, 1987, 248-258).

²⁴¹⁶ En ce sens, H. WILLKE, *Le coût du principe de légalité*, in *FIGURES DE LA LEGALITE*, C.-A. Morand (éd.), Publisud, Paris, 1992, 127-137.

²⁴¹⁷ Rapport de la Commission sur l'état d'avancement de la mise en œuvre du programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable, COM (95) 624 final, 4. De manière générale, v. R. MACRORY, *Environmental Law: Shifting Discretions and the New Formalism*, in *FRONTIERS OF ENVIRONMENTAL LAW*, O. Lomas (ed.), Chancery Law Publishing, London, 1991, 8-23.

²⁴¹⁸ K.-H. LADEUR, *Proceduralization and the Management of Complexity in Public Organizations: The Case of the European Environment Agency*, in *THE EC AGENCIES BETWEEN COMMUNITY INSTITUTIONS AND CONSTITUENTS: AUTONOMY, CONTROL AND ACCOUNTABILITY*, A. Kreher (ed.), EUI, RSC, Florence, 1998, 162.

²⁴¹⁹ Ainsi, G. MARTEN, *Le recours aux instruments économiques dans la mise en œuvre des politiques de protection de l'environnement*, in *LES POLITIQUES COMMUNAUTAIRES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET DE L'ENVIRONNEMENT*, C. Kye (ed.), Story-Scientia, Bruxelles, 1995, 167-185; dans le même sens, I. VACARIE & A.

D'après eux, la complexité croissante des tâches de régulation dévolues à l'administration, loin d'emporter une fin du droit, exige plutôt une reconstruction du principe de légalité. Reconstruction fondée sur la consécration d'un nouveau « formalisme procédural ».

817. La régulation économique est par nature close. La procédure met en scène le couple formé par les services de DG IV et l'entreprise incriminée. Couple conflictuel mais, par là même, intime. La raison d'être de la sanction est de permettre qu'en punissant l'auteur de l'infraction, on le réintègre dans le marché commun²⁴²⁰. Sans doute, une telle régulation exclut des tiers. Mais les tiers intéressés sont peu nombreux, aisément identifiables et assez semblables. Au contraire, la régulation sociale est par nature une régulation comportant des tiers. Ce n'est pas seulement leur nombre qui a changé, c'est aussi leur qualité. La relation aux tiers n'est plus la sanction mais l'information. Dès lors, les intéressés potentiels sont très nombreux. Mais la plupart d'entre eux, ignorants, sont ignorés. Organisée en réseau, cette régulation provoque de nouvelles formes d'injustice fondées sur l'exclusion. En outre, le réseau peut être un bon moyen pour les autorités compétentes de fuir leurs responsabilités. Le risque, ici, est d'assister à une certaine dilution des responsabilités publiques²⁴²¹.

818. Ce nouveau formalisme, il est loisible de le nommer, en s'inspirant de nouveaux courants nés aux Etats-Unis et développés en Europe sous l'influence notamment des travaux de J. Habermas. « démocratie délibérative »²⁴²². Ce qui importe, c'est qu'il s'agit de trouver dans les garanties juridiques de la procédure le potentiel capable de compenser les effets négatifs

SUPIOT, *Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques)*, Droit social, 1993, 18-28.

²⁴²⁰ Ce motif de la réconciliation du sujet de droit et de la loi à travers la sanction (pénale) au sein de l'Etat moderne remonte à Hegel, qui en a fait le centre de sa philosophie du droit (*PRINCIPES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT ou Droit naturel et Science de l'Etat en abrégé*, paru en allemand en 1821 à Berlin à la Librairie Nicolai, trad. par R. Derathé, Vrin, Paris, 1993, §§ 220-227; v. également B. BOURGEOIS, *Spéculation hégélienne et droit positif*, Revue de Métaphysique et de Morale, 1997/4, 539 et ss.)

²⁴²¹ Ainsi que l'écrit M. PALLEMAERTS, en référence à la politique de l'environnement, « "Shared" responsibility has a propensity to lapse into diffuse responsibility or even into an excuse for governmental irresponsability » (*The decline of law as an instrument of Community environmental policy*, RAE, 1999, 340); pour un même constat en matière de normalisation européenne, E. PREVIDI, *Network Structure and Interaction of European Governmental and Non-Governmental Actors in the Field of Standardization*, EUI, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996. Voy., par analogie, I. THERY: « la justice qui dévalue le formalisme de la procédure fonctionne au processus, c'est-à-dire dans le temps où se conjuguent et se confondent les moments et les acteurs du procès et où la décision se "prend" sans que l'on sache jamais vraiment qui en est responsable, et en fonction de quoi » (*Vie privée et monde commun. Réflexions sur l'enlisement gestionnaire du droit*, Le Débat, n° 85, mai-août 1995, 137-154).

²⁴²² Voir, parmi une littérature très importante, les travaux remarquables de J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *THE GOOD POLITY*, A. Hamlin & P. Pettit (ed.), Basil Blackwell, Oxford, 1989, 17-34; du même auteur, *The Economic Basis of Deliberative Democracy*, *Social Philosophy and Policy*, Vol. 6, Spring 1989, 25-50; du même auteur, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, in *DEMOCRACY AND DIFFERENCE. Contesting the Boundaries of the Political*, S. Benhabib (ed.), Princeton University Press, Princeton, 1996, 95-119; du même auteur, *Democracy and Liberty*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY*, J. Elster (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1998, 185-231; également C.S. NINO, *THE CONSTITUTION OF DELIBERATIVE DEMOCRACY*, Yale University Press, New Haven. London, 1996; en précurseur, B. MANIN, *Volonté générale ou délibération? Esquisse d'une théorie de la délibération politique*, Le Débat, n° 33, janvier 1985, 72-93.

engendrés par les politiques procédurales²⁴²³. Il y aurait ainsi retour à ce que Gerando, l'un des pères du droit administratif français, appelait déjà une « Administration délibérative »²⁴²⁴.

819. Mais prôner le retour au formalisme juridique ne suffit pas. Il faut au moins indiquer les conditions dans lesquelles ce retour peut avoir lieu. Il ne s'agit certainement pas de revenir à un formalisme procédurier et archaïque. A nouveau, la comparaison est utile. Dans la régulation économique, la procédure administrative vise essentiellement à organiser un contrôle. Dans un contexte « polycentrique » s'opposent, au-delà de la diversité des intérêts engagés, deux formes générales de procédure, l'une orientée vers la garantie de l'ordre public économique dans une économie de marché administrée, l'autre vers la protection individuelle dans un Etat de droit. Au sein du « contentieux objectif », il est clair que le formalisme procédural est d'abord un facteur de protection subjective. Mais on a vu que, pour préserver cette protection, dans certains domaines sensibles où l'efficacité tend à l'emporter, le juge communautaire a dû s'efforcer de concilier la dimension « *protectrice* » avec une dimension « *rationnelle* » concurrente, inscrite dans le principe du contradictoire.

820. Dans la régulation sociale, la procédure administrative a pour objet principal de produire des normes. Au polycentrisme polarisé s'ajoute une tension beaucoup plus complexe entre divers intérêts et systèmes sociaux. Au « contentieux objectif », ce pluralisme substitue des « politiques procédurales ». Dès lors, le rôle du formalisme procédural ne peut plus être rapporté à la simple « protection individuelle ». Disons que, à la mesure de ce nouveau contexte, il doit être plus général, et viser « l'intégration » de différents systèmes d'intérêts au sein d'une même procédure. L'important ici est de trouver des solutions de compromis entre ces différents systèmes. G. Teubner donne en ce sens précis à la maxime *Altera pars audiat* la dimension nouvelle d'une communication entre les discours sociaux²⁴²⁵. Les garanties du droit invitent ainsi à un détour difficile menant vers les tiers restés en dehors du réseau. La procédure n'est plus seulement le lieu de la « communication managériale »; elle devient celui de la « justice procédurale »²⁴²⁶. En ce domaine, la question qui se pose est donc: comment parvenir à concilier la dimension « *cognitive* » et la dimension « *intégrative* » de la procédure?

821. A cette question une étude générale et abstraite ne peut répondre. Il s'agit de deux dimensions concurrentes, donnant lieu à des conceptions divergentes, mais ni l'une ni l'autre ne

²⁴²³ Ainsi C. JOERGES, analysant le domaine de la régulation sanitaire et sociale, estime que « *the legal system must continue its search for guarantees of regulatory reasonableness, procedural safeguards and the protection of rights (...): the building up of denationalized governance structures should therefore aim at the strengthening of deliberative processes dealing with the interests and concerns of those who are affected by, but not represented in, decision-making processes* » (*Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, EUI, WP RSC, 96/10, Florence, 1996, 34); dans le même sens en matière environnementale, P.D. SWAN, *Droits écologiques procéduraux et démocratie délibérative*, RIEJ, 1995, n° 35, 1-18.

²⁴²⁴ GERANDO, *Cours*, publié dans la revue *THEMIS*, t. IV, 1822 (cité par G. ISAAC, *op. cit.*, 19). Son plus digne héritier en France est sans doute J. RIVERO (v., en ce sens, *Rapport de synthèse (sur un modèle européen d'Administration publique)*, AEAP, Vol. X, 1987).

²⁴²⁵ G. TEUBNER, « *Altera pars audiat* »: *le droit dans la collision des discours*, *Droit et Société*, 1997, n° 35, 99-123.

²⁴²⁶ Sur le sens de cette notion, M.D. BAYLES, *PROCEDURAL JUSTICE. Allocating to Individuals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1990.

comporte de vérification immédiate. Une étude générale ou superficielle ne peut les départager parce que les dispositifs formels sur lesquels elles s'appuient sont *a priori* identiques: toutes deux reposent sur des garanties d'ouverture de l'administration à son environnement. *Telle est l'ambiguïté fondamentale de la légitimité procédurale qui émerge au sein de la régulation sociale et économique communautaire.*

822. Il se confirme ainsi que le problème de la procédure est bien en ce domaine un problème privilégié. La marche à suivre est toute tracée. Il convient de passer en revue les différentes formes de procédures et envisager la place des garanties juridiques. Cet examen doit être minutieux et pratique, sous peine d'être inutile (Titre II). Mais si, au cours de cette étude, cette ambiguïté se trouve confirmée, alors il faudra aller plus loin, et tenter de mieux comprendre les rapports du procédural et du juridique (Titre III).

Titre II

L'OUVERTURE DU PROCESSUS DE DECISION

823. Au sein de la régulation sociale, la prise de décision présente les caractères d'un processus complexe. Trois procédures connexes sont associées à la procédure principale de décision: dans l'ordre idéal, une procédure d'expertise (I), une procédure de consultation des groupes intéressés (II), enfin une procédure de comité (III). Il est vrai que ces différentes modalités de la consultation ne se placent pas, en général, sur le même plan. La consultation d'experts et de groupes d'intérêts s'est d'abord développée au stade de la préparation de l'acte législatif, tandis que la procédure de comité se situe au niveau de l'adoption des actes d'exécution²⁴²⁷. Mais l'un des traits de la régulation sociale est que les procédures d'expertise et de participation sont de plus en plus fréquentes dans la phase d'exécution.

824. On ne saurait dire que la multiplication des instances de consultation administrative soit un phénomène inconnu²⁴²⁸. Seulement, dans le contexte de la régulation sociale, elle prend un sens nouveau²⁴²⁹. « L'inspiration pluraliste du processus décisionnel » et la « perméabilité de la Commission à des intérêts et des inquiétudes économiques, sociales et intergouvernementales » ne font pas de doute²⁴³⁰. Mais existe-t-il des garanties capables d'encadrer ce pluralisme sans en réduire l'expression? On conviendra aisément qu'il importe au plus haut point de savoir si l'on n'est pas dupe de « l'esprit d'ouverture ».

825. Les trois chapitres suivants sont construits selon le même principe. Il s'agit d'abord de décrire les procédures de la régulation sociale. Le sujet est assez peu traité pour qu'on puisse tirer avantage de l'étude d'exemples choisis. Si l'on ne peut épouser la réalité complexe de toutes ces procédures, on peut du moins chercher à en restituer la cohérence. Une telle démarche permet de révéler les « pathologies » les plus sérieuses qui affectent le développement de ces procédures. Pour les atténuer plus que pour les guérir, on essaiera d'envisager de nouvelles solutions, qui vont toutes dans la même direction: la consécration des garanties du contradictoire et, de là, la conception d'un nouvel équilibre institutionnel.

²⁴²⁷ Pour un tableau général des procédures de consultation au sein du processus décisionnel communautaire et un aperçu de leur complexité, G.F. SCHAEFER, *Committees in the EC Policy Process: A First Step Towards Developing a Conceptual Framework*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY: The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 3-23.

²⁴²⁸ En effet, elle est déjà l'un des traits saillants de vie administrative nationale au cours du XXème siècle (voir l'ouvrage collectif dirigé par G. LANGROD, *LA CONSULTATION DANS L'ADMINISTRATION CONTEMPORAINE*, Cujas, Paris, 1972).

²⁴²⁹ Cf. H. SIMONIAN-GINESTE, *Nouveau regard sur l'avis consultatif*, RDP, 1999, 1121-1158. L'auteur souligne l'intérêt d'une étude renouvelée de la question dans le contexte général de la transformation de l'Etat correspondant à « son nouveau rôle de régulateur ». Ainsi, « le procédé classique de la consultation apparaît comme une solution à repenser et peut-être à réinventer en vue du siècle prochain » (1158).

²⁴³⁰ A. MANGAS MARTIN, *Pluralisme politico-social et processus décisionnel au sein des institutions communautaires*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELEBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 483-496.

826. Les sources, en ce domaine, sont plutôt rares et souvent informelles. Il n'existe pas, à l'instar de la régulation économique, des règlements de procédure. Seule la Décision 99/468 du Conseil du 28 juin 1999 réglemente les procédures de comités²⁴³¹; encore n'est-elle que le produit d'accords informels. En général, il faut se reporter aux communications de la Commission et à la jurisprudence, encore parcellaire, de la Cour de justice. Dans ce contexte, il est tentant de lire dans les communications et dans les jugements plus qu'il n'y a réellement²⁴³². Cette tentation est justifiée si elle permet d'éclairer, par-delà les déclarations de droit ou d'intention, des contradictions réelles.

²⁴³¹ JOCE 1999, L 269/45.

²⁴³² En ce sens, K.C. BRADLEY, *Institutional Aspects of Comitology: Scenes from the Cutting Room Floor*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 79-80.

Chapitre I

LES PROCEDURES D'EXPERTISE

827. On conçoit mal qu'il y ait très peu d'études juridiques consacrées à l'expertise scientifique non contentieuse²⁴³³. Indéniable est le fait que l'expertise gagne en importance dans tous les secteurs de la nouvelle régulation sociale et à tous les niveaux de l'activité administrative. Un simple coup d'œil sur les réglementations sanitaire ou environnementale suffit pour s'en assurer. Elle doit se trouver au centre d'un système qui entend réconcilier la protection sociale avec l'innovation et le progrès technologique²⁴³⁴. Pareil système favorise l'extension du champ des risques qui appellent des évaluations scientifiques²⁴³⁵. Loin d'être limitée, comme dans la régulation économique, à une technique de gestion, l'expertise devient, au sein de la régulation sociale, une véritable « structure de gouvernement »²⁴³⁶.

828. Sans doute est-il loisible de supposer que le modèle de l'expertise judiciaire, parce que les principes en sont solidement codifiés, s'applique par analogie au domaine de l'expertise administrative. L'origine même du mot expertise, qui se situe dans le domaine du judiciaire, y incite²⁴³⁷. Mais encore faudrait-il établir la validité et la portée exacte de cette analogie. Montrer qu'autour de cette analogie trompeuse s'ordonnent tous les problèmes et les ambiguïtés des nouvelles pratiques d'expertise sera ainsi une incidente de la présente étude. Son propos le plus général est de vérifier l'importance et décrire les modalités de la procédure administrative d'expertise (I). Sous le nom d'« analyse de risque », l'expertise s'impose désormais dans tous les domaines de la régulation sociale. Mais, sous cette forme, elle se heurte à certaines limites. Pour y remédier, la jurisprudence offre des ressources inexploitées (II). Analyser l'expertise, c'est, semble-t-il, retrouver, derrière la vieille opposition des faits et des valeurs, une nouvelle opposition entre deux formes de procédure.

²⁴³³ Voy. cependant M.-A. HERMITTE, *L'Expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts*, Justices, 1997, n° 8, 79-103.

²⁴³⁴ Cf. W. VAN DEN DAELE, *Scientific Evidence and the Regulation of Technical Risks: Twenty Years of Demythologizing the Experts*, in *THE CULTURE OF POWER KNOWLEDGE. Inquiries into Contemporary Society*, N. Stehr & V. Ericson (eds), Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1992, 323-340. Comp. la position du droit communautaire avec celle du système juridique américain, S. JASANOFF, *SCIENCE AT THE BAR. Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995.

²⁴³⁵ R. ROMI considère dans ce sens le débat entre science et droit la contribution et l'enjeu principaux du droit de l'environnement (*DROIT ET ADMINISTRATION DE L'ENVIRONNEMENT*, Montchrestien, Paris, 3ème éd., 1999, 13-25; ainsi dans le domaine de la santé, E. VOS, *Market Building, Social Regulation and Scientific Expertise: An introduction*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 127-139.

²⁴³⁶ Cf. P. PONCELA, *La vérité est de ce monde*, Actes, n° 54, 1986, 71.

²⁴³⁷ En ce sens, A. CAMBROSIO, C. LIMOGE & E. HOFFMAN, *Expertise as Network: A Case Study of the Controversies over the Environmental Release of Genetically Engineered Organisms*, in *THE CULTURE OF POWER KNOWLEDGE. Inquiries into Contemporary Society*, N. Stehr & V. Ericson (eds), Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1992, 342; v. également C. LEFEBVRE, *Expertise*, in *DICTIONNAIRE DE DROIT CANONIQUE*, R. Noy (dir.), Librairie Letouzey et Ané, Paris VI, t. V, 1953, 690-702.

SECTION I. LA PREPONDERANCE DE « L'ANALYSE DE RISQUE »

829. Les effets induits par la crise de l'ESB ont affecté l'ensemble de la régulation sociale²⁴³⁸. Elle eut pour effet notoire de provoquer la révision, en novembre 1997, du système de consultation scientifique de la Commission dans le domaine de la santé des consommateurs²⁴³⁹. Récent, évalué à mi-parcours, l'ensemble du système est actuellement en voie de restructuration²⁴⁴⁰. Mais les principes d'organisation sont d'ores et déjà établis (I). Avant de l'évaluer, il faut en comprendre le fonctionnement (II).

§ I. L'ORGANISATION DU SYSEME D'EXPERTISE COMMUNAUTAIRE

830. Récemment, la Commission a senti la nécessité d'édicter des règles régissant le fonctionnement interne des organes d'expertise. Ces règles dépassent manifestement le cadre étroit dans lequel elles ont été posées (B). Mais il convient d'abord d'envisager l'intégration de l'expertise dans l'ordre juridique communautaire (A).

A. L'intégration de l'expertise dans l'ordre administratif communautaire

831. A première vue, il est facile de reconnaître dans l'expertise un aspect particulier et déterminant de l'activité décisionnelle. L'expertise fournit un bilan des connaissances actuelles relatives à des questions bien définies. L'activité administrative s'approprie ces connaissances, elle est la mise en œuvre à de certaines fins des possibilités qui en résultent. Mais se pose alors la question de la neutralité de cette incorporation.

1. Expertise et processus d'intégration

832. L'administration se contente-t-elle de mettre en œuvre les résultats de l'expertise? Ou celle-ci se trouve-t-elle altérée par la commande et l'utilisation administratives²⁴⁴¹? Il faudrait commencer par poser une distinction entre connaissance d'expertise et pure connaissance scientifique; il serait en tout cas abusif de les confondre. L'expertise est connaissance spécifique:

²⁴³⁸ Sur ce point, v., *inter alia*, V. ADAM & C. BLUMANN, *La politique agricole commune dans la tourmente: la crise de la vache folle*, RTDE, 239-293; T. GARCIA, *Crise de la vache folle, crise dans l'Union européenne*, RMC, 1997, 243-252; B. VIALE, *En réponse à la crise de la Vache Folle, plaidoyer en faveur d'une politique communautaire de l'alimentation*, Revue de droit rural, 1997, 158-165; J. BOUDANT, *Les institutions communautaires face à la crise (vache folle)*, Revue de droit rural, 1997, 207-213; N. DE GROVE-VALDEYRON, *Libre circulation et protection de la santé publique: la crise de la vache folle*, RMC, 1996, 759-767.

²⁴³⁹ Ces effets ne concernent pas seulement la Commission. Il est notable que la France, le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni ont réorganisé leur procédures d'évaluation scientifique à la suite de cette crise (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, Site internet de la Direction générale de la santé et de la protection des consommateurs, 38-39).

²⁴⁴⁰ Commission des C.E. (communiqué de presse), *Evaluation à mi-parcours du système de consultation scientifique de la Commission*, Bruxelles, 21 mai 1999.

²⁴⁴¹ Sur ces questions, D. DUCLOS, *La science absorbée par la commande administrative*, in *LA TERRE OCTROYÉE. Les experts sont formels!*, J. Theys & B. Kalaora (dir.), Ed. Autrement, Paris, 1992, 170-187.

elle est l'expression d'une connaissance « formulée en réponse à la demande de ceux qui ont une décision à prendre » et alors que « cette réponse est destinée à être intégrée au processus de décision »²⁴⁴². Par la « commande d'expertise », l'administration assigne à la science qu'elle met en œuvre certains buts utiles²⁴⁴³. Sans doute *buts administratifs* et *fins scientifiques* peuvent ne pas être incompatibles; mais il ne faut pas ignorer que l'*intégration* de l'expertise dans la décision administrative produit inévitablement une *instrumentalisation* des connaissances scientifiques²⁴⁴⁴.

833. Caractéristique est à cet égard la nouvelle formulation de l'article 95 § 3 CE. Il s'agit d'une transposition de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'Organisation mondiale du commerce²⁴⁴⁵. Le recours accru aux évaluations scientifiques est clairement destiné à « fournir une base pour la défense d'une législation communautaire dans le cas où elle est contestée au sein de l'OMC ou à la Cour Européenne de Justice »²⁴⁴⁶. Cette volonté de défendre la législation communautaire à l'aide d'analyses scientifiques, non seulement au sein du système communautaire mais au sein des organes du commerce mondial, est présentée comme la grande nouveauté de l'approche de la Commission²⁴⁴⁷. Mais, à vrai dire, ce n'est que le prolongement d'une approche introduite par la Cour de justice dans le cadre du marché intérieur. Que l'expertise scientifique ait été utilisée pour garantir le principe de libre circulation des marchandises et promouvoir l'intégration économique, cela n'est pas douteux²⁴⁴⁸. C'est sur la base de cette jurisprudence que la Commission développa l'expertise comme moyen d'établir des critères opérationnels de surveillance des législations nationales²⁴⁴⁹.

²⁴⁴² P. ROQUEPLO, *ENTRE SAVOIR ET DECISION, L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE*, Ed. INRA, Paris, 1997, 15.

²⁴⁴³ Cf. J. CHEVALLIER, *L'entrée en expertise*, Politix, n° 3, 1996, 33-50. Il est vrai qu'on ne considère plus aujourd'hui que la science est recherche pure et désintéressée. Elle comporte certaines fins immédiates. C'est l'un des résultats les plus significatifs des études récentes de sociologie de la recherche scientifique (B. LATOUR, *LA SCIENCE EN ACTION*, La Découverte, Paris, 1988; M. CALLON (dir.), *LA SCIENCE ET SES RESEAUX*, La Découverte, Paris, 1988). Cependant, il reste clair que la décision administrative poursuit bien au-delà de ces fins l'accomplissement de certains buts.

²⁴⁴⁴ P. ROQUEPLO, *op. cit.*, 32 où l'auteur estime que l'expertise est autant consultative que « promotionnelle ».

²⁴⁴⁵ Cet Accord stipule que toute mesure nécessaire pour protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale, doit être basée sur des preuves scientifiques et n'est maintenue que pour autant qu'elle sera confortée par des preuves scientifiques suffisantes.

²⁴⁴⁶ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 20.

²⁴⁴⁷ La Commission précise ainsi que l'excellence des analyses scientifiques de la future Autorité alimentaire européenne devra assurer sa « prééminence internationale » (Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 42).

²⁴⁴⁸ En matière de santé publique, v. l'étude complète C. JOERGES, *Scientific Expertise in Social Regulation and the European Court of Justice: Legal Frameworks for Denationalized Governance Studies*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 295-323. Or, sur ce point, « les enseignements de la jurisprudence de la Cour en matière de santé publique dont les préoccupations sont assez proches de celles de la politique de l'environnement semblent pouvoir être transposés au domaine de la gestion des déchets » (N. DE SAADELER, *LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES DECHETS*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 1995, 90), et dans d'autres domaines (v. R. WAGENBAUR, *The Protection of the Environment at the European Community Level and the Need for Risk Assessment*, Columbia Journal of European Law, 1995, 453-467). Dans tous ces domaines, la Cour exige des autorités nationales qui entendent déroger aux réglementations communautaires de rapporter la preuve d'un risque, qui doit être notamment apprécié au regard des résultats de la recherche scientifique internationale.

²⁴⁴⁹ « The provision of scientific advice and the development of standards in the EU were originally substantially geared to smoothing out the discrepant national regulations which in practice were becoming barriers to trade. » (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 10). A

2. Expertise, risque et subsidiarité

834. Cette première cause est importante, mais elle ne suffit pas à expliquer la prolifération des comités scientifiques et techniques dans tous les domaines de la régulation sociale. L'accroissement de ces procédures résulte d'abord de demandes sociales pressantes pour prendre en compte les nouveaux risques engendrés par le progrès technologique. W. van den Daele note que « *les conflits actuels sur la régulation des risques techniques a étendu le champ du "risque" bien au-delà des frontières traditionnelles des "risques clairs et connus". Les risques commencent à ressembler à des cibles mobiles. La perte de confiance dans les avantages de la nouvelle technologie conduit à des exigences toujours plus grandes de sécurité* »²⁴⁵⁰. La conception développée par le système communautaire veut que la recherche de la sécurité et la prévention des risques passent par la promotion des nouvelles technologies et de l'innovation; mais la technologie et l'innovation engendrent à leur tour de nouveaux risques, aux conséquences inconnues et imprévisibles. Bref, il s'agit de répondre aux risques tout en valorisant la prise de risque. On s'explique ainsi que l'expertise scientifique, quasi-scientifique ou technique, soit devenue une « ressource indispensable » de la régulation juridique communautaire²⁴⁵¹.

835. Le droit s'adapte à ce nouvel objet, le risque, en adoptant des normes techniques et des principes à contenu scientifique: « cette construction repose sur l'établissement de normes spécifiques. La loi, le jugement des experts y jouent un rôle considérable. Mais cela met en jeu des rapports de pouvoir, et l'on pourrait parler de "*rapports de définition*" comme Marx parlait de "*rapports de production*" »²⁴⁵². De là vient que l'expertise doit être exercée *en réseau*²⁴⁵³. On peut dire en ce sens que le principe de subsidiarité est venu à point nommé: « *Depuis le Sommet d'Edimbourg, on a insisté sur la subsidiarité, ce qui a permis aux autorités nationales d'être*

une explication de ce genre, on peut aussi avoir recours pour expliquer le développement de l'expertise technique dans le cadre de la normalisation, laquelle a d'abord pour objet d'élaborer des instruments normatifs conçus comme « des moyens de preuve que les opérateurs économiques doivent mettre en œuvre pour se conformer aux dispositions législatives ou réglementaires techniques qui s'appliquent à eux » (J. McMILLAN, *La « certification », la reconnaissance mutuelle et le marché unique*, RMUE, 1991, 181-211).

²⁴⁵⁰ W. VAN DEN DAELE, *Scientific Evidence and the Regulation of Technical Risks: Twenty Years of Demythologizing the Experts*, in *THE CULTURE OF POWER KNOWLEDGE. Inquiries into Contemporary Society*, N. Stehr & V. Ericson (eds), Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1992, 326.

²⁴⁵¹ Dans le domaine sanitaire, « il sera nécessaire de créer les conditions permettant d'adapter le système de réglementation européen plus rapidement que par le passé aux nouvelles connaissances et innovations scientifiques » (Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, 3.1.1.). Sur la nécessité de l'expertise dans une régulation axée sur l'innovation, P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, Site internet de la DG XXIV: « *Analyses of company suggest that the technologically innovative are particularly anxious to have a rapid scheme for assessing novel products which need approval.* » (17). Sur la nécessité de l'expertise dans la régulation sociale en général, J. THEYS, *L'expert contre le citoyen? Le cas de l'environnement*, in *L'ÉTAT MODERNE ET L'ADMINISTRATION. Nouveaux contextes, nouvelles éthiques, nouveaux experts*, C. Join-Lambert (dir.), Paris, LGDJ, 1994, 151-165.

²⁴⁵² U. BECK (entretien), *L'ère du risque*, Le Monde des Débats, n° 8, novembre 1999.

²⁴⁵³ Pour expliquer ce nouveau système d'expertise, les raisons budgétaires doivent aussi être prises au sérieux. Elles apparaissent clairement à la comparaison avec la structure fédérale américaine de la *Food and Drug*

réintégrées dans le processus d'analyse »²⁴⁵⁴. Dans un système « intégré », la mise en réseau signifie à la fois la *collaboration* dans la récolte d'informations et les analyses de données et la *confrontation* des avis et des différentes cultures scientifiques et administratives.

836. Par là, l'expertise scientifique et technique se distingue nettement de l'expertise économique effectuée par les fonctionnaires de la DG IV. Suivant le principe d'une mise en réseau, différentes voies s'ouvrent. Il convient de distinguer **trois modalités** de mise en œuvre de l'expertise au sein de la régulation sociale: 1°) La plus courante et la plus simple consiste pour la Commission à instituer, directement auprès d'elle, des *comités* scientifiques ou des groupes d'experts²⁴⁵⁵. A la suite du traité d'Amsterdam, l'article 95 § 3 CE donne à cette pratique une nouvelle légitimité, du moins dans la phase de préparation législative²⁴⁵⁶. 2°) La Commission pratique également, en proportion sans cesse croissante, la délégation des tâches d'expertise aux comités techniques des *organes de normalisation*, composés de professionnels compétents²⁴⁵⁷. 3°) La dernière modalité est la plus originale. Elle consiste à confier la tâche d'évaluation scientifique aux opérateurs économiques concernés eux-mêmes, sous le contrôle des « autorités compétentes » des Etats membres²⁴⁵⁸. A un tel régime se rattache « l'instrument privilégié de la prise en compte de l'environnement dans le processus de décision environnemental »²⁴⁵⁹, l'étude d'impact²⁴⁶⁰. Mais les instruments d'engagement volontaire, que sont l'éco-label et le système d'audit

Administration qui dispose de moyens considérables et qui gère elle-même 90% du travail scientifique (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 36-37).

²⁴⁵⁴ P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 10.

²⁴⁵⁵ On en compte aujourd'hui plus de 600 (W. WESSELS, *The Growth and Differentiation of Multi-Level Networks: A Corporatist Mega-Bureaucracy or an Open City?*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1997, 28).

²⁴⁵⁶ « La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques » (dans le même sens, v. Art. 174 § 3).

²⁴⁵⁷ En 1995, « les normes européennes commencent à être produites à grande échelle, avec plus de 300 comités techniques travaillant sur quelque 10 000 projets de normalisation » (Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Le marché unique en 1994*, COM (95) 238 final, 49).

²⁴⁵⁸ La raison en est que « several industrial groups have also indicated that they now feel somewhat detached from the scientific evaluation process. Indeed they consider themselves as often having the most expert understanding of scientific issues and the implications of different policy options. » (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 17).

²⁴⁵⁹ E. NAIM-GESBERT, *LES DIMENSIONS SCIENTIFIQUES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-Vubpress, Bruxelles, 1999, 594.

²⁴⁶⁰ C'est au maître d'ouvrage, c'est-à-dire à l'auteur de la demande d'autorisation ou à l'autorité publique qui est à l'initiative du projet, qu'il incombe de procéder à l'évaluation des incidences sur l'environnement, suivant des lignes directrices fixées en annexe de la directive (Directive 85/337 du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOCE 1985, L 175/40, telle que modifiée par la Directive 97/11 du Conseil du 3 mars 1997, JOCE 1997, L 73/5). Le dispositif est à peu de choses près identique en matière de prévention et de réduction intégrées de la pollution (Directive 96/61 du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, JOCE 1996, L 257/26), un tel dispositif reprenant d'ailleurs, en l'étendant, un système mis en place dans le domaine limité de la lutte contre la pollution atmosphérique (Directive 84/360 du Conseil du 28 juin 1984 relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles, JOCE 1984, L 188/20).

environnemental²⁴⁶¹, ou, en matière de santé publique, les procédures de réglementation et de contrôle des biotechnologies²⁴⁶², connaissent un régime semblable.

B. Les règles internes de l'expertise

837. Le système de consultation scientifique de la Commission a été entièrement réorganisé à la suite de la crise de l'ESB. Il s'agit de redonner au processus d'évaluation scientifique la crédibilité et la confiance de l'opinion publique²⁴⁶³. Des règles ont été posées, qui s'organisent idéalement autour de trois principes: « en réexaminant son approche en matière d'avis scientifique pour la santé des consommateurs, la Commission entend renforcer trois principes essentiels: *l'excellence, l'indépendance et la transparence* »²⁴⁶⁴. Ces principes ont vocation à se généraliser²⁴⁶⁵. Mais, depuis longtemps déjà, le problème existe: pour l'éviter plus que pour le résoudre, la Communauté a eu recours à des solutions isolées qui ont abouti à la consécration de garanties équivalentes.

1. L'excellence

838. A l'origine du recours à l'expertise est l'argument de la compétence et de l'excellence. Privilégiant « la compétence » et « le professionnalisme » afin de « résister à l'interférence et à l'autorité des profanes agissant dans la sphère politique »²⁴⁶⁶, il est normal que la régulation sociale confère à l'exigence d'excellence un champ d'application générale très étendu.

a) Le principe

839. A ce titre, « les avis scientifiques doivent être de la plus haute qualité possible. Il est donc primordial que l'évaluation des risques potentiels soit effectuée par d'éminents scientifiques »²⁴⁶⁷. Les Décisions 97/404 et 97/579 de la Commission relatives aux comités scientifiques en matière

²⁴⁶¹ Les organismes compétents désignés par les Etats membres évaluent les produits suivant une « matrice d'évaluation » avant toute attribution du label écologique à un produit (Règlement 880/92 du Conseil du 23 mars 1992 concernant un système d'attribution du label écologique, JOCE 1992, L 99/1). En revanche, c'est l'entreprise candidate qui procède elle-même à l'évaluation systématique, objective et périodique des éléments mesurant l'impact de ses activités sur l'environnement (Règlement 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit, JOCE 1993, L 168/1).

²⁴⁶² Toute personne, avant de procéder à l'utilisation ou à la dissémination volontaire d'OGM, doit procéder à une évaluation préalable et présenter un dossier technique aux autorités compétentes des Etats membres (Directive 90/269 du Conseil du 23 avril 1990 relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, JOCE 1990, L 117/1; Directive 90/220 du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOCE 1990, L 117/15). De même, toute personne responsable de la mise sur le marché dans la Communauté soumet une demande à l'Etat membre contenant une évaluation scientifique (Règlement 258/97 du Parlement européen et du Conseil relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires, JOCE 1997, L 43/1).

²⁴⁶³ Commission des C.E., Livre vert, *Principes généraux de la législation alimentaire*, COM(97) 176 final, 36.

²⁴⁶⁴ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 10.

²⁴⁶⁵ Repris dans le *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, ces principes seraient applicables à la nouvelle Autorité alimentaire (COM(1999), 719 final, § 35).

²⁴⁶⁶ G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996, 132.

²⁴⁶⁷ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 10.

de santé des consommateurs affirment en priorité que « des avis scientifiques de haute valeur constituent une base essentielle pour la réglementation communautaire »²⁴⁶⁸. En conséquence, il faut s'assurer des « critères pour la sélection des membres des Comités scientifiques et que la procédure de sélection soit transparente vis-à-vis du Parlement européen, des Etats membres, des opérateurs économiques et des consommateurs »²⁴⁶⁹. En outre, règle très importante en pratique, chaque comité a le droit d'inviter, avec l'accord de la Commission, des experts scientifiques spécialisés pour participer à leurs travaux²⁴⁷⁰.

840. Le prototype d'un « Appel à manifestation d'intérêt pour le poste de Membre d'un des comités scientifiques » a été publié par la Commission le 1er août 1997²⁴⁷¹. Les critères de sélection sont ainsi précisés:

- « • une expérience professionnelle dans le domaine de la santé des consommateurs et plus particulièrement dans les matières couvertes par le domaine de compétence d'un des comités;
- une expérience dans l'évaluation des risques;
- une expérience dans la délivrance d'avis scientifiques au niveau national ou international;
- une expérience professionnelle dans un environnement pluridisciplinaire et international;
- un niveau d'excellence scientifique attesté;
- une expérience de la gestion scientifique ».

841. Dans le recrutement, compte avant tout la rémunération des experts²⁴⁷². La procédure de sélection comporte également un certain nombre de garanties:

- « • Le jury de sélection sera composé de membres du comité scientifique directeur qui ne sont pas président d'un comité scientifique existant ainsi que de représentants des services de la Commission traitant de la santé des consommateurs et de la recherche scientifique²⁴⁷³].
- Le jury évaluera les manifestations d'intérêt par rapport aux critères de sélection définis.
- En tenant compte de l'évaluation faite par chacun de ses membres, le jury identifiera de façon collégiale les experts scientifiques les plus aptes.

²⁴⁶⁸ Voir Préambule de la Décision 97/579 de la Commission du 23 juillet 1997 instituant des comités scientifiques dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire, JOCE 1997, L 237/18.

²⁴⁶⁹ Commission des CE, Livre vert, *Principes généraux de la législation alimentaire*, COM(97) 176 final, 36.

²⁴⁷⁰ Article 7 de la Décision 97/579. En ce sens également, « il conviendra de mettre en place des systèmes permettant d'identifier les meilleurs scientifiques dans les différents domaines et de faire appel à eux » (Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 42).

²⁴⁷¹ Cf. Site Internet DG Santé et protection des consommateurs (<http://europa.eu.int>).

²⁴⁷² En effet, « *Top quality scientific advice is a marketable service obeying to some extent the rules of the market, i.e. if the Commission wants top notch scientists to be vying to become members of its scientific committees it needs them at least at par with other customers.* » (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 65; nous soulignons).

²⁴⁷³ « Les membres du Comité Scientifique Directeur qui ne président pas un comité scientifique sont nommés par la Commission après publication au Journal officiel des Communautés européennes d'un appel à manifestation d'intérêt, des critères de sélection et d'une description de la procédure de sélection. La procédure de sélection identifie de manière transparente les candidats les plus aptes à travailler au sein du CSD. A partir de la liste de ces candidats, la Commission désigne les membres du CSD qui ne président pas de comité scientifique. Les noms des membres sont publiés au Journal officiel des Communautés européennes » (art. 3 § 4, Décision 97/404, JOCE 1997, L 169/85).

- Un observateur du Parlement européen et un observateur du Conseil seront invités à assister au processus de sélection des experts ».

On remarquera que les groupes d'intérêt ne sont pas admis en tant qu'observateurs²⁴⁷⁴; ils ne sont admis à intervenir, dans ce système, qu'au stade ultérieur de la communication du risque.

b) Les applications: un principe largement assuré

842. Le rôle « principal » de l'Agence pour l'environnement est de fournir des « informations objectives, fiables et comparables sur l'état et l'évolution de l'environnement »²⁴⁷⁵ de « rédiger des rapports d'expertise sur la qualité et la sensibilité de l'environnement » à partir des meilleures « données scientifiques et techniques disponibles »²⁴⁷⁶. A cette fin, l'Agence est assistée par un comité scientifique, intégré et composé « de membres particulièrement qualifiés dans le domaine de l'environnement ». Telle est d'ailleurs la règle commune au sein des comités scientifiques²⁴⁷⁷.

843. La mission de l'Agence pour l'évaluation des médicaments est « de coordonner les ressources scientifiques existantes mises à sa disposition par les autorités compétentes des Etats membres en vue de l'évaluation et de la surveillance des médicaments »²⁴⁷⁸. A cette fin, elle a dans sa composition un comité des spécialités pharmaceutiques et un comité des médicaments vétérinaires. Ainsi, « ce n'est qu'après une évaluation scientifique du plus haut niveau possible de la qualité, de la sécurité et de l'efficacité des médicaments de haute technologie, à effectuer par l'agence européenne pour l'évaluation des médicaments, qu'une autorisation de mise sur le marché devrait être octroyée par la Communauté... »²⁴⁷⁹. Les « meilleurs avis scientifiques possibles » sont des « avis objectifs »²⁴⁸⁰. Il s'en faut néanmoins que les membres des comités soient tous d'« éminents spécialistes »: c'est qu'« ils sont choisis en fonction de leur rôle et de leur expérience dans l'évaluation des médicaments à usage humain ou vétérinaire, selon le cas, et représentent leurs autorités compétentes »²⁴⁸¹. De ce fait, l'expertise est ici surtout assurée par l'appel à des experts extérieurs présentés par les Etats membres²⁴⁸².

²⁴⁷⁴ La proposition en a pourtant été faite (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 58).

²⁴⁷⁵ Préambule du Règlement 933/1999 du Conseil du 29 avril 1999 modifiant le règlement 1210/90 relatif à la création de l'Agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JOCE 1999, L 117/1.

²⁴⁷⁶ Article 2 du Règlement 1210/90 (JOCE 1990, L 120/1), tel que modifié par le Règlement 933/1999 (JOCE 1999, L 117/1).

²⁴⁷⁷ Voy. par ex. le comité scientifique de cosmétologie institué auprès de la Commission en 1977, dont les membres sont nommés par la Commission parmi « les personnalités scientifiques hautement qualifiées et ayant des compétences dans les domaines [des produits cosmétiques] » (art. 4 de la décision 78/45 de la Commission du 19 décembre 1977 relative à l'institution d'un comité scientifique de cosmétologie, JOCE 1978, L 13/24).

²⁴⁷⁸ Article 49 du Règlement n° 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JOCE 1993, L 214/1.

²⁴⁷⁹ Cons. n° 7 du préambule du Règlement 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993, JOCE 1993, L 214/1.

²⁴⁸⁰ Art. 51 & 52 § 2 du Règlement 2309/93.

²⁴⁸¹ Art. 52 § 1 du Règlement 2309/93.

²⁴⁸² Art. 53 § 2 du Règlement 2309/93: « Les Etats membres transmettent à l'agence une liste d'experts possédant une expérience confirmée en matière de médicaments et pouvant participer aux groupes de travail ou aux groupes d'experts du comité des spécialités pharmaceutiques ou du comité des médicaments vétérinaires, en indiquant

844. C'est l'un des « principes de la normalisation » que les normes doivent « se fonder sur une recherche scientifique de qualité, être mises à jour régulièrement et viser autant que possible l'efficacité »²⁴⁸³. De même, des exigences d'informations techniques précises et complètes sont imposées aux dossiers techniques d'autorisations environnementales et aux notifications requises en matière d'utilisation ou de dissémination d'OGM²⁴⁸⁴. Dans tous les cas où les entreprises sont chargées de l'évaluation, il faut noter que la Commission introduit « des mesures d'assistance technique et des structures visant à fournir à ces entreprises l'expertise et le soutien nécessaires »²⁴⁸⁵.

2. L'indépendance

845. L'indépendance est le principe directeur de toute expertise impartiale. Cependant, elle peut être menacée de deux manières, soit par des intérêts professionnels et commerciaux, soit par des intérêts politiques.

a) Le principe

846. En vertu du principe d'indépendance, « la Commission s'assurera que les scientifiques nommés dans les organes scientifiques ne soient liés par aucun intérêt susceptible d'être antagoniste par rapport à l'exigence de fournir l'avis indépendant nécessaire pour contribuer à un niveau élevé de protection de la santé des consommateurs »²⁴⁸⁶. L'article 6 de la Décision 97/579 énumère trois garanties cumulatives:

leurs qualifications et leurs domaines d'expertise »; v. également Communication de la Commission concernant la mise en œuvre des nouvelles procédures d'autorisation de mise sur le marché des médicaments à usage humain et vétérinaire découlant du règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil et des directives 93/39/CEE, 93/40/CEE et 93/41/CEE du Conseil, JOCE 1994, C 82/4, § C.1.

²⁴⁸³ Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur le rôle de la normalisation en Europe, JOCE 2000, C 141/1, pt 12.

²⁴⁸⁴ Directive 90/219 du Conseil du 23 avril 1990 relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, JOCE 1990, L 117/1; Directive 90/220 du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOCE 1990, L 117/15. On retiendra également que, dans les procédures d'autorisation de mise sur le marché de nouveaux aliments et de nouveaux ingrédients alimentaires, « le comité scientifique de l'alimentation humaine a émis des recommandations relatives aux informations requises pour étayer les demandes à la présentation des informations et l'établissement des rapports d'évaluation initiale relatifs à ces demandes » (Recommandation de la Commission 97/618 du 29 juillet 1997 concernant les aspects scientifiques relatifs à la présentation des informations requises pour étayer des demandes d'autorisation de mise sur le marché de nouveaux aliments et de nouveaux ingrédients alimentaires et l'établissement des rapports d'évaluation initiale au titre du règlement 258/97, JOCE 1997, L 253/1).

²⁴⁸⁵ Préambule du Règlement 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit, JOCE 1993, L 168/1. L'article 51 (j) du Règlement 2309/93 du Conseil prévoit que l'agence pour l'évaluation des médicaments assure le conseil technique des entreprises dans le cadre de la procédure centralisée (JOCE 1993, L 214/1; également Commission des C.E., *NOTICE TO APPLICANTS. Procedures for marketing authorisation*, vol. 2A, 1998, 53-54).

²⁴⁸⁶ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 10.

- « 1. En leur qualité de membre de chacun de ces comités, les membres des comités scientifiques doivent agir indépendamment de toute influence externe.
2. Les membres des comités scientifiques informent chaque année la Commission de tous intérêts qui pourraient être considérés comme préjudiciables à leur indépendance.
3. Les membres des comités scientifiques et les experts extérieurs déclarent lors de chaque réunion les intérêts particuliers qui pourraient être considérés comme préjudiciables à leur indépendance. »²⁴⁸⁷

b) Les applications: un principe constamment menacé

847. b.1) *Indépendance et intérêts professionnels.* L'exigence d'indépendance s'accorde mal avec l'obligation d'excellence. Il importe de comprendre que, dans ces domaines très spécialisés, les experts disponibles et compétents sont peu nombreux: il s'ensuit « un conflit entre l'obligation de technicité et de spécialité »²⁴⁸⁸. Aussi est-il inévitable que, « sauf dans le cas de connaissances purement fondamentales, le spécialiste fera partie d'un milieu étroitement lié financièrement aux intérêts économiques en cause »²⁴⁸⁹. Dans le domaine des médicaments, il sera « difficile, voire impossible, de trouver des experts dans quelque domaine que ce soit qui ne soient liés à la recherche privée » et à l'industrie pharmaceutique²⁴⁹⁰. Ce lien est maintenant théoriquement dissous par l'article 54 § 2 du règlement 2309/93²⁴⁹¹.

848. La menace n'est-elle pas plus sérieuse encore dans les domaines où le savoir-expert se confond avec le savoir technique des professionnels? Les cas remarquables sont ceux des comités techniques de normalisation ou des procédures d'auto-organisation écologique des entreprises telles que l'étude d'impact, l'éco-label ou l'éco-audit. Aux yeux mêmes de la Commission, la viabilité de la normalisation « est directement liée à la disponibilité d'experts techniques provenant de l'industrie »²⁴⁹². En principe, cependant, les statuts des organismes de normalisation en assurent l'indépendance. En outre, des « consultants », nommés d'un commun accord entre la Commission et les organismes européens de normalisation, ont pour « rôle de vérifier, en tant qu'experts indépendants, que les normes respectent les exigences essentielles et les clauses du mandat »²⁴⁹³. De même, les procédures d'auto-organisation sont placées sous l'autorité d'« organismes compétents » dont « l'indépendance et la neutralité » sont contrôlées et garanties

²⁴⁸⁷ Les mêmes dispositions sont transposées à l'article 4 de la Décision 97/404.

²⁴⁸⁸ M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, 85.

²⁴⁸⁹ M.-A. HERMITTE, *L'Expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts*, Justices, 1997, n° 8, 84-85.

²⁴⁹⁰ R. HANKIN, *The Role of Scientific Advice in the Elaboration and Implementation of Community's Foodstuffs Legislation*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 158.

²⁴⁹¹ « Les membres du conseil d'administration, les membres des comités, rapporteurs et experts, ne peuvent pas avoir d'intérêts, financiers ou autres, dans l'industrie pharmaceutique, qui seraient de nature à mettre en question leur impartialité. Tout intérêt direct en liaison avec cette industrie est déclaré dans un registre détenu par l'agence et accessible au public ».

²⁴⁹² Communication de la Commission concernant le développement de la normalisation européenne, *Action pour une intégration technologique plus rapide en Europe*, JOCE 1991, C 20/13.

²⁴⁹³ Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, § 34.

par les Etats membres²⁴⁹⁴. Il faut ainsi remarquer que le système d'audit environnemental prévoit « un système indépendant et neutre d'agrément des vérificateurs environnementaux », experts dont la tâche est d'examiner les audits réalisés par les entreprises²⁴⁹⁵.

849. Au total, les solutions légales semblent satisfaisantes. N'omettons pas, toutefois, de noter une difficulté plus générale. Au sein de la régulation sociale, l'autorité reconnue à la compétence suppose en même temps une grande proximité du régulateur par rapport au secteur régulé, de sorte que le risque de « collusion entre décideurs publics et entrepreneurs privés » devient presque inévitable²⁴⁹⁶. Ce risque de « capture » du régulateur par le régulé est bien connu de la théorie administrative²⁴⁹⁷. Or ce risque, une administration en réseau constamment en contact avec les opérateurs économiques et les Etats membres est inévitablement conduit à l'exacerber. Comment y remédier? « L'impartialité ne pouvant plus être mécaniquement produite par une distance institutionnelle entre le régulateur et le secteur — comme c'est le cas du juge — parce que cette distance ferait perdre de l'expertise, elle doit être obtenue ailleurs »²⁴⁹⁸; précisément grâce à des garanties de *transparence* assurant la participation et la confiance de tous les acteurs concernés. Telle est la solution générale retenue par le droit communautaire.

850. b.2) *Indépendance et intérêts politiques*. Ceux-ci sont communautaires mais surtout nationaux. L'expertise pharmaceutique européenne repose essentiellement sur « le travail effectué au sein des autorités nationales compétentes »²⁴⁹⁹. Ainsi les comités regroupés au sein de l'Agence pour l'évaluation des médicaments sont « chacun constitué de deux membres nommés par chacun des Etats membres pour une période de trois ans, renouvelable ». En outre, « les représentants de la Commission sont habilités à participer à toutes les réunions des comités »²⁵⁰⁰. Suivant ce modèle, l'évaluation scientifique appartient donc à des organes politiques à composition mixte. Il est remarquable que, dans sa proposition précédant la création de l'agence, la Commission suggérerait de dissoudre le lien entre autorités politiques et comités d'évaluation scientifique en créant un Conseil scientifique indépendant, composé de spécialistes de réputation internationale, chargé de superviser les activités des comités²⁵⁰¹. Mais, en raison de la sensibilité politique particulière de la matière, la proposition fut rejetée. Sans doute a-t-on retenu que « le comité des spécialités pharmaceutiques et le comité des médicaments vétérinaires peuvent, s'ils

²⁴⁹⁴ Voir par ex. l'article 9 du Règlement 880/92 du Conseil du 23 mars 1992 concernant un système d'attribution du label écologique, JOCE 1992, L 99/1.

²⁴⁹⁵ Article 6 du Règlement 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit, JOCE 1993, L 168/1 (nous soulignons).

²⁴⁹⁶ Voir, en ce sens, F. OST, *L'auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles?*, RIEJ, 1998, n° 28, 147-178.

²⁴⁹⁷ Vieille préoccupation, dont la problématique a été renouvelée aux Etats-Unis dans le contexte du développement de la régulation sociale. Voir par ex. X., *Civic Republican Administrative Theory: Bureaucrats as Deliberative Democrats*, HLR, vol. 107, 1994, 1401-1418; C.R. SUNSTEIN, *Factions, Self-Interest, and the APA: Four Lessons since 1946*, Virginia Law Review, Vol. 72, 1986, 271-296.

²⁴⁹⁸ Voir en ce sens, pour un secteur distinct de la régulation économique, M.-A. FRISON-ROCHE, *Esquisse d'une sociologie du droit boursier*, L'Année sociologique, 1999, n° 49, 481.

²⁴⁹⁹ Article 52 § 2 du Règlement 2309/93.

²⁵⁰⁰ Article 52 § 1 du Règlement 2309/93.

le jugent utile, demander conseil sur d'importantes questions de nature scientifique générale ou éthique »²⁵⁰². Mais la recommandation demeure vague et peu contraignante. Et bien qu'un « comité scientifique des médicaments et des dispositifs médicaux » ait été institué par la Décision 97/579, celui-ci exerce son activité « sans préjudice des compétences dévolues au comité des spécialités pharmaceutiques et au comité des médicaments vétérinaires »²⁵⁰³. Dans ce domaine sensible, tous les Etats membres jugent indispensable de maintenir un lien étroit entre l'évaluation communautaires et les politiques nationales²⁵⁰⁴.

851. Mais il s'ensuit une confusion entre la notion d'expert et celle de représentant national. Nous verrons que cette confusion est générale au sein du système de comitologie. Elle n'est pas totalement injustifiée. Le recours à des experts nationaux permet d'abord à l'administration communautaire de profiter de l'expérience acquise par certaines autorités administratives nationales. Mais, surtout, ce « double emploi » atteste le souci des organes d'exécution communautaires d'être à la fois *indépendants* et *représentatifs*. Double nécessité, quelque peu contradictoire, qui rappelle la position particulière de la Cour de justice au sein du système communautaire²⁵⁰⁵. Ainsi la future Autorité alimentaire européenne « devra non seulement agir *indépendamment* de toute pression extérieure mais faire reconnaître par toutes les parties concernées qu'il en va ainsi. Néanmoins, l'Autorité devra être *représentative* et responsable »²⁵⁰⁶. De même, bien qu'il leur soit recommandé d'agir de manière indépendante²⁵⁰⁷, les membres des comités d'évaluation scientifique en matière pharmaceutique, nommés par les Etats membres, « *représentent* leurs autorités compétentes »²⁵⁰⁸.

852. Justifiée, cette confusion n'en demeure pas moins critiquable. En voulant garantir à la fois l'indépendance et la représentativité, une telle structure prend le risque de les sacrifier toutes les deux. Nous essaierons de voir comment l'instauration d'une procédure contradictoire peut tenter de les réconcilier.

3. La transparence

²⁵⁰¹ Commission des C.E., *Système futur de libre circulation des médicaments dans la Communauté européenne*, COM(90) 283 final.

²⁵⁰² Article 50 § 3 du Règlement 2309/93.

²⁵⁰³ Article premier de la Décision 97/579.

²⁵⁰⁴ Sur ce point, R. HANKIN, *op. cit.*, 159.

²⁵⁰⁵ En ce sens, R. DEHOUSSE, *LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, Montchrestien, Paris, 1994: « L'indépendance des organes judiciaires est un des éléments essentiels de la plupart des systèmes juridictionnels (...). De façon plus générale, l'autorité de la Cour, qui agit au nom d'une Communauté dépourvue de tout pouvoir de coercition, tient en partie de son caractère représentatif... Ces nécessités quelques peu contradictoires — indépendance d'un côté, représentativité de l'autre — semblent avoir influencé des auteurs du traité, puisque l'on en retrouve la trace dans les dispositions qui régissent la composition de la Cour » (10-11).

²⁵⁰⁶ « La Commission étudiera toutes les options, pour veiller à ce que l'Autorité se situe à un juste équilibre en termes d'indépendance et de responsabilité, en tenant compte de l'opinion des autres institutions et parties prenantes » (Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 41).

²⁵⁰⁷ Cf. EMEA, *Statement of Principles Governing the Partnership Between the National Competent Authorities and the European Agency for the Evaluation of Medicinal Products*, 4 décembre 1996, EMEA/MB/013/97.final (EN), art. 7.

²⁵⁰⁸ Article 52 § 1 du Règlement 2309/93.

853. En moins de dix années²⁵⁰⁹, la transparence est devenue une telle évidence dans la Communauté qu'elle peut à juste titre aujourd'hui être suspectée²⁵¹⁰. On ne s'étonnera pas de voir le principe s'introduire dans les procédures d'expertise; ce n'est que le résultat d'une nouvelle conquête vers plus de crédibilité.

a) Le principe

854. « Conformément à la politique globale de transparence poursuivie par la Commission, il convient que les parties intéressées, y compris les consommateurs, aussi bien les particuliers que les associations, ainsi que les institutions de l'Union européenne et les autorités nationales bénéficient d'un accès aisé à l'information sur les procédures de travail des comités et à leurs avis. Par ailleurs, la Commission informera complètement les parties intéressées, y compris les consommateurs, des différentes étapes dans l'obtention de cet avis. La communication est donc essentielle à la réalisation de ces objectifs »²⁵¹¹. Conformément à ce principe, l'article 10 de la Décision 97/579 dispose: « Les ordres du jour, les comptes rendus et les avis adoptés par les comités scientifiques sont rendus publics sans retard indu et dans le souci du nécessaire respect de la confidentialité commerciale ». Elle admet une exception majeure tirée de l'obligation de préserver le secret individuel: « sans préjudice de l'article 214 [288] du traité, les membres et les experts extérieurs sont tenus de ne pas divulguer l'information obtenue dans le cadre des travaux des comités scientifiques, des sous-comités ou de l'un des groupes de travail, lorsqu'ils sont informés que cette information est soumise à une demande de confidentialité »²⁵¹².

b) Les applications: un principe privilégié

855. Les applications du principe de transparence, ainsi tempéré par la réserve de la confidentialité, souffrent peu d'exceptions. Les Agences ont adopté à cet égard des décisions exemplaires. Les avis du comité scientifique attaché à l'Agence pour l'environnement sont publiés²⁵¹³. En outre, en 1997, sur le modèle du code de conduite approuvé par le Conseil et la Commission, une Décision concernant l'accès du public aux documents de l'Agence européenne pour l'environnement a été adoptée²⁵¹⁴. Cette décision fait suite à la Directive 90/313 du Conseil concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement²⁵¹⁵. Dans le domaine de

²⁵⁰⁹ Voir l'ascension fulgurante du principe à tous les niveaux institutionnels retracée par J. RIDEAU, *DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1999, 126-128.

²⁵¹⁰ K.C. BRADLEY, *La transparence de l'Union européenne: une évidence ou un trompe l'œil?*, CDE, 1999, 283-362.

²⁵¹¹ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 10-11.

²⁵¹² Art. 11 de la Décision 97/579. Les mêmes dispositions sont transposées aux articles 7 et 8 de la Décision 97/404.

²⁵¹³ Article 10 du Règlement 1210/90 du Conseil du 7 mai 1990 relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement. JOCE 1990, L 120/1.

²⁵¹⁴ Décision du 21 mars 1997 concernant l'accès du public aux documents de l'Agence européenne pour l'environnement, JOCE 1997, C 282/5.

²⁵¹⁵ Directive 90/313 du Conseil du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, JOCE 1990, L 148/56.

l'évaluation des médicaments, l'obligation de transparence concerne à la fois les autorisations individuelles de mise sur le marché et les évaluations générales sur les produits. S'agissant des autorisations individuelles, « sur demande de toute personne intéressée, l'agence met à sa disposition le rapport d'évaluation du médicament établi par le comité des spécialités pharmaceutiques, avec les motifs de son avis favorable à la délivrance d'une autorisation après suppression de toute information présentant un caractère de confidentialité »²⁵¹⁶. De manière générale, l'Agence a adopté en décembre 1997, à la suite du Code de conduite adopté par la Conseil et la Commission et d'une recommandation adressée par le Médiateur, une décision sur l'accès aux documents de l'Agence, comprenant les documents des comités et réservant les cas de confidentialité²⁵¹⁷. De manière générale, les comités de l'Agence favorisent les contacts avec les groupes concernées²⁵¹⁸.

856. Les procédures d'évaluation confiées aux acteurs concernés ont également pour règle la transparence. Le principe est que les demandes d'autorisation ou d'audit environnemental ainsi que les informations recueillies sont mises à la disposition du public²⁵¹⁹. Avant de soumettre une demande d'attribution du label écologique, l'organisme compétent procède ainsi à une consultation très large des milieux intéressés: les principaux groupes d'intérêt concernés sont réunis pour consultation au sein d'un forum de consultation²⁵²⁰. Dans le domaine des biotechnologies, il est de même prévu qu'une enquête publique et des consultations sont effectuées par les autorités compétentes des Etats membres²⁵²¹.

857. D'une manière générale, il est permis de considérer qu'un « accès aussi large que possible aux avis scientifiques sera assuré ». Le privilège reconnu à la transparence dans les procédures d'expertise vient de ce qu'elle assure un double contact entre les différents acteurs de la

²⁵¹⁶ Article 12 § 4 du Règlement 2309/93.

²⁵¹⁷ Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, Décision concernant les règles d'accès aux documents de l'EMEA, Londres, 3 décembre 1997.

²⁵¹⁸ « Le Comité s'efforcera d'établir un dialogue ouvert et constructif avec l'industrie pharmaceutique notamment au cours de la phase de consultation durant laquelle l'avis scientifique peut être demandé. Des contacts appropriés peuvent aussi être développés avec les représentants des consommateurs, des patients et des professions médicales » (art. 2 du *Statement of Principles Governing the Partnership between the National Competent Authorities and the European Agency for the Evaluation of Medicinal Products*, 4 décembre 1996, EMEA/MB/013/97.final (EN); notre traduction). A cette fin sont organisées des conférences générales et des réunions trimestrielles, et un dialogue est poursuivi en tant que de besoin. Ainsi, « *it may be fair to conclude that this particular Agency has detailed interactions with industry, is extremely aware of Member State interests but has only modest interactions with the Commission, the European Parliament and public interest groups* » (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 30).

²⁵¹⁹ Article 6 § 2 de la Directive 85/337 du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOCE 1985, L 175/40, telle que modifiée par la Directive 97/11 du Conseil du 3 mars 1997, JOCE 1997, L 73/5; article 15 de la Directive 96/61 du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, JOCE 1996, L 257/26; article 5 § 2 du Règlement 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit, JOCE 1993, L 168/1.

²⁵²⁰ Articles 5 § 2 et 6 du Règlement 880/92 du Conseil du 23 mars 1992 concernant un système d'attribution du label écologique, JOCE 1992, L 99/1.

²⁵²¹ Article 13 de la Directive 90/219 du Conseil du 23 avril 1990 relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, JOCE 1990, L 117/1; article 7 de la Directive 90/220 du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOCE 1990, L 117/15.

régulation communautaire. D'une part, elle permet d'*informer*: les résultats de l'expertise en matière de santé ou d'environnement intéressent plusieurs « cercles concentriques », tels que les autorités de décision, le public, et l'ensemble de la communauté scientifique²⁵²². La transparence est d'abord un *mode de contrôle* de l'expertise²⁵²³. Mais, en même temps, elle permet de *collecter des informations*: la transparence devient alors un *mode de régulation* et d'évaluation²⁵²⁴, voire de dérégulation²⁵²⁵. Dans ces domaines, l'action exige en effet une masse très importante d'informations, de données et de paramètres, qui dépasse les capacités de traitement des organes communautaires d'évaluation scientifique²⁵²⁶. Il s'ensuit que l'évaluation scientifique ne peut être confinée aux seuls experts communautaires. Elle suppose des citoyens actifs et éclairés. Elle repose sur la récolte de l'information et la promotion de la communication.

858. *Mais ce qui est frappant, c'est que cette communication peut être cherchée dans deux directions opposées.* L'une comporte l'exigence de coordination et la recherche du consensus. L'autre comporte l'exigence du contradictoire et la recherche régulée de la confrontation. Que la première doive d'abord s'imposer, il est facile de l'admettre: ce choix est justifié par un souci d'efficacité dans l'action. Mais il ne devrait point en résulter un renoncement à l'autre direction, qui définit les garanties procédurales de l'expertise²⁵²⁷.

§ II. LA RECHERCHE DU CONSENSUS

²⁵²² Sur ce point, M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, 92. « Les agenda, les comptes-rendus et les avis seront disponibles pour les Etats-membres, particulièrement les autorités sanitaires, le Parlement européen, les citoyens, les consommateurs et les associations de consommateurs, les producteurs et leurs associations et les autres opérateurs socio-économiques, tout en conservant le respect de la confidentialité commerciale » (Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 19).

²⁵²³ Selon la Commission, « la transparence comporte non seulement la présentation rapide et ouverte » des avis scientifiques mais implique également que « les processus suivis pour y arriver soient aussi ouverts que possible, afin de respecter le droit fondamental des citoyens prévus par le traité » (*Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 43).

²⁵²⁴ J. RIDEAU remarque qu'il s'agit d'un instrument de pouvoir que l'autorité communautaire utilise pour « mieux appréhender l'objet de son pouvoir et en accroître l'efficacité » (*Jeux d'ombres et de lumières en Europe*, in *LA TRANSPARENCE DE L'UNION EUROPEENNE. Mythe ou principe juridique?*, J. Rideau (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 2).

²⁵²⁵ V. HEYVEART, *Access to Information in a Deregulated Environment*, in *DEREGULATION IN THE EUROPEAN UNION. ENVIRONMENTAL PERSPECTIVES*, U. Collier (ed.), Routledge, London & New York, 1998, 55-74.

²⁵²⁶ « L'évaluation des risques dépend de la disponibilité de données scientifiques exactes et à jour (...). La nécessité d'élaborer des systèmes efficaces de récolte de l'information au niveau européen et mondial requiert une nouvelle approche, qui fera un usage optimal des ressources disponibles » (Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 26). En ce sens, L. BOY estime que « l'asymétrie d'information sur le plan économique et sur le terrain technique conduit souvent à mettre les décideurs publics à la remorque des entrepreneurs privés » (*L'éco-label communautaire, un exemple de droit post-moderne*, RIDE, 1996, 96).

²⁵²⁷ Ainsi en effet peut se définir la procédure juridique: « En ce qu'elle constitue une matière organisée autour de principes fondamentaux corrélés entre eux, la procédure forme en elle-même un système, un ordre. Le doyen Paul Roubier (...) évoquait déjà l'idée d'un "droit régulateur"... Mais il s'agit de prolonger ce constat de l'ordonnancement par le fait que la procédure a pour fin de discipliner le désordre... les parties ayant part à ce désordre qu'est par nature le désaccord ne peuvent prétendre en être délivrées qu'en se soumettant d'abord à l'ordre procédural » (J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE, *L'office de la procédure*, in *MELANGES OFFERTS A P. DRAI. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, 255).

859. C'est avec la Communication sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire que la Commission élabore une doctrine officielle de l'analyse de risque. Cette approche s'appuie sur les procédures existantes de coopération scientifique (A). Son intérêt est de doter ces procédures d'un cadre général, cohérent et rénové, autour des trois principes d'"évaluation", de "gestion" et de "communication du risque" (B). Elle exprime bien la vision générale de la Communauté en matière d'avis scientifique²⁵²⁸. Tout est organisé pour produire le consensus.

A. Les procédures de coopération et de coordination scientifiques

860. On peut distinguer deux types de coopérations, selon que la procédure mise en place est plus ou moins encadrée. A ces deux procédures s'ajoutent des mécanismes complémentaires de coordination et de veille afin de pallier aux situations de crise.

1. La coopération scientifique et technique

861. La distinction entre deux formes de coopération sert la présentation de la matière. La frontière entre les deux apparaît, en fait, très ténue. Dans tous les cas, l'objectif est la mise en place d'un réseau qui « contribue à créer une communauté épistémique »²⁵²⁹.

a) La coopération informelle

862. Le secteur alimentaire en offre un exemple remarquable. Au modèle de l'agence proposé par la Commission en 1990 a été finalement préférée une structure plus informelle de coopération scientifique dénommée SCOOP²⁵³⁰. Les principes en sont posés par la Directive 93/5/CEE du Conseil concernant l'assistance des Etats membres à la Commission et leur coopération en matière d'examen scientifique des questions relatives aux denrées alimentaires²⁵³¹. La directive stipule que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour permettre à leurs autorités et organismes compétents de coopérer avec la Commission et de lui apporter l'assistance nécessaire pour l'examen des questions d'intérêt public relatives aux denrées alimentaires, en particulier dans le domaine de la santé publique, dans des disciplines telles que celles liées à la médecine, à la nutrition, à la toxicologie, à la biologie, à l'hygiène, aux technologies alimentaires, à la biotechnologie, aux aliments et procédés nouveaux, aux techniques d'évaluation des risques, à la physique et à la chimie »²⁵³². Il s'instaure ainsi une coopération entre des organismes choisis par chaque Etat membre et le comité scientifique de l'alimentation humaine, sous l'égide de la

²⁵²⁸ Cf. P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL, *THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, Site internet de la DG XXIV: rapport commandé par la Commission et élaboré à partir de consultations des principaux acteurs concernés (v. Annexes 1 et 2 du Rapport).

²⁵²⁹ Sur l'organisation réticulaire de l'Agence du point de vue des sciences administratives, L. METCALFE, *Etablissement de liens entre les différents niveaux de gouvernance: intégration européenne et mondialisation*, RISA, 2000, n°1, 153.

²⁵³⁰ Commission des C.E., *Proposition de Directive du Conseil concernant l'assistance des Etats membres à la Commission et leur coopération en matière d'examen scientifique des questions relatives aux denrées alimentaires*, COM(94) 16 final.

²⁵³¹ Directive 93/5/CEE du Conseil du 25 février 1993, JOCE 1993, L 52/18.

²⁵³² Article premier de la Directive 93/5/CEE, JOCE 1993, L 52/18.

Commission qui « assure la gestion de cette coopération » et « facilite la communication et les échanges d'information » entre le comité scientifique et les organismes nationaux²⁵³³. Le comité scientifique de l'alimentation humaine demeure au centre de ce système. Il procède à l'évaluation des risques qui constituera le fondement des décisions de la Commission²⁵³⁴. La coopération scientifique sert à l'élaboration de protocoles d'évaluation des risques, l'examen des résultats des tests présentés à la Commission, la réalisation d'enquêtes sur la consommation alimentaire, la formulation d'avis autorisés sur les questions de sécurité alimentaire²⁵³⁵.

863. Mais la coopération scientifique ne se limite pas aux rapports internes à la Communauté. La « crise de l'ESB » et « l'affaire des hormones » portée devant l'Organisation mondiale du commerce ont montré l'intérêt d'établir une coopération active avec les instances internationales d'évaluation scientifique²⁵³⁶. C'est ainsi que la Commission entend rapprocher le travail de ses comités scientifiques avec ceux de l'OMC comme avec ceux de l'Organisation mondiale de la santé ou des instituts scientifiques des pays tiers²⁵³⁷. L'évolution du droit alimentaire nécessite en particulier une coopération accrue avec la Commission du Codex Alimentarius agissant sous les auspices de la Food & Agriculture Organization des Nations-Unies dont la Communauté fait partie²⁵³⁸. Au demeurant, la prochaine Autorité alimentaire européenne aura pour objectif de faire le lien avec des « centres d'excellence... au niveau international, dans toutes les disciplines qui touchent à son activité » et d'accéder à « un réseau mondial d'excellence scientifique »²⁵³⁹. Dans le même sens, l'Agence pour l'environnement doit rechercher les coopérations extérieures²⁵⁴⁰.

²⁵³³ Article 9 § 2 de la Décision 94/458 de la Commission du 29 juin 1994 relative à la gestion administrative en matière d'examen scientifique des questions relatives aux denrées alimentaires, JOCE 1994, L 189/84; v. également Décision 94/458 établissant l'inventaire et fixant la répartition des tâches à entreprendre dans le cadre de la coopération des Etats membres en matière d'examen scientifique des questions relatives aux denrées alimentaires, JOCE 1994, L 253/29, modifiée par la Décision 00/198 de la Commission du 25 février 2000, JOCE 2000, L 61/19.

²⁵³⁴ Ce comité a été institué par une Décision 74/234/CEE de la Commission du 16 avril 1974 (JOCE 1974 L 136/1) modifiée par la Décision 86/241/CEE (JOCE 1986 L 163/40) abrogée et remplacée par la Décision 95/173/CE de la Commission (JOCE 1995 L 167/22). Au terme de l'article 12 de la Décision 97/579/CE de la Commission, ce comité est remplacé par un nouveau comité scientifique de l'alimentation humaine, qui doit répondre aux principes d'excellence, d'indépendance et de transparence posés par ladite Décision (JOCE 1997 L 237/18). Il faut noter que des doutes avaient pu s'élever concernant le rôle exact et la perte de pouvoirs du comité au sein de ce système de coopération; doute qui furent vite levés par la Commission (v., sur ce point, E. VOS, *op. cit.*, 172).

²⁵³⁵ Annexe de la Directive 93/5/CEE, JOCE 1993, L 52/18.

²⁵³⁶ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final. 14. Le Rapport James, Kemper & Pascal rapporte que cette coopération est déjà en cours dans le système actuel dans lequel, par exemple, 4 scientifiques américains étaient membres du groupe de travail sur les hormones (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, Site internet de la DG XXIV, 64).

²⁵³⁷ La procédure en est explicitement prévue à l'art. 4 al. 1 de la Décision 93/5/CEE du Conseil, JOCE 1993, L 52/18. Mais on notera qu'« en aucun cas, la participation visée au premier alinéa ne peut comporter des charges pour le budget communautaire ».

²⁵³⁸ Cf. R. O'ROURKE, *EUROPEAN FOOD LAW*, Palladian Law Publishing Ltd, Bembridge, 1998, 156-157.

²⁵³⁹ Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, §§ 54 et 46; §§ 108-115.

²⁵⁴⁰ Article 15 § 2 du Règlement 1210/90 du Conseil du 7 mai 1990 relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (JOCE 1990, L 120/1), tel que modifié par le Règlement n° 933/1999 du Conseil du 29 avril 1999 (JOCE 1999, L 117/1).

864. Si le processus de coopération entre les organismes de européens et internationaux de normalisation est « destiné à se poursuivre » et à se renforcer, c'est dans la crainte qu'une normalisation européenne plus concrète et plus intensive « n'ébranle sérieusement l'engagement souscrit de longue date par l'Europe à l'égard des normes internationales »²⁵⁴¹; « les travaux à l'échelle européenne sont un substitut à la normalisation nationale et non à la normalisation globale »²⁵⁴².

Ces différentes procédures de coopération traduisent bien la nécessité de mettre en place des « communautés épistémiques » transnationales²⁵⁴³. S'il existe des frontières en matière de recherche scientifique et technique, celles-ci sont disciplinaires et thématiques plus que géographiques²⁵⁴⁴.

b) La coopération institutionnalisée

865. On peut tout à fait considérer la constitution des agences comme une institutionnalisation des réseaux d'information et d'évaluation scientifiques. Ainsi, la création d'une agence alimentaire est très tôt envisagée comme un substitut souhaitable au réseau scientifique existant²⁵⁴⁵; l'Autorité proposée par la Commission a pour ambition de devenir « la référence scientifique pour l'ensemble de l'Union », le « centre » d'un « réseau de contacts scientifiques en Europe et ailleurs »²⁵⁴⁶.

866. Dans cette perspective, l'Agence européenne pour l'environnement succède au programme expérimental pour la collecte et la mise en cohérence de l'information sur l'environnement dans la Communauté²⁵⁴⁷. L'Agence a notamment pour fonction de « fournir à la Communauté et aux Etats membres les informations objectives nécessaires à la formulation et à

²⁵⁴¹ Communication de la Commission, *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne (Suite donnée au « Livre vert » de la Commission)*, JOCE 1992, C 96/2, § 10.

²⁵⁴² Communication de la Commission concernant le développement de la normalisation européenne, *Action pour une intégration technologique plus rapide en Europe*, JOCE 1991, C 20/1, § 59.

²⁵⁴³ La notion de « communautés épistémiques » qui définit bien le recours à des groupes d'expertises pour résoudre chaque problème de la régulation sociale a été développée par E.B. HAAS dans le cadre des relations internationales (*WHEN KNOWLEDGE IS POWER. Three Models of Change in International Organizations*, University of California Press, Berkeley, 1990; également P.M. HAAS, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*, International Organisation, 1992, n° 46, 1-35).

²⁵⁴⁴ Il faudrait se demander si ces communautés administratives d'experts, ayant vocation à être « reconnues internationalement », ne poursuivent pas l'objectif de construire une régulation mondiale des marchés, facteur de nouveaux risques pour la Communauté (Cf. C. SCHMITTER, *Sécurité des aliments. La gestion des crises dans la Communauté européenne et les Etats membres*, JTDE, 2000, 97-105).

²⁵⁴⁵ Cf. J.-L. VALVERDE, A.J. PIQUERAS GARCIA & M.D. CABEZAS LOPEZ, *La « nouvelle approche » en matière de santé des consommateurs et de sécurité alimentaire: la nécessité d'une agence européenne de sécurité des aliments*, RMUE, 1997/4, 31-58.

²⁵⁴⁶ Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, 5 et § 37. Sur les raisons de la création d'une « Autorité », modèle davantage fondé sur l'interinstitutionnel et moins autonome qu'une « Agence », P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, Site internet de la DG XXIV, not. 30-31; 40 et ss.

²⁵⁴⁷ Décision du Conseil du 27 juin 1985 relative à l'adoption d'un programme de travail de la Commission concernant un projet expérimental pour la collecte, la coordination et la mise en cohérence de l'information sur l'état de l'environnement et des ressources naturelles dans la Communauté, JOCE 1985, L 176/14.

la mise en œuvre de politiques environnementales judicieuses et efficaces ». A cette fin, elle travaille en réseau avec les Etats membres qui coopèrent en désignant des « points focaux » et des « centres thématiques » chargés de collecter des données et de remplir des tâches d'expertise. Elle est assistée, en outre, d'un comité scientifique intégré²⁵⁴⁸. Semblablement, l'Agence pour l'évaluation des médicaments est « chargée de coordonner les ressources scientifiques existantes mises à sa disposition par les autorités compétentes des Etats membres en vue de l'évaluation et de la surveillance des médicaments »²⁵⁴⁹. Elle abrite les deux comités scientifiques des spécialités pharmaceutiques et des médicaments vétérinaires qui coordonnent l'évaluation scientifique de la qualité, de la sécurité et de l'efficacité des médicaments qui font l'objet de procédures communautaires d'autorisation de mise sur la marché, transmettent les rapports d'évaluation, coordonnent la surveillance des médicaments autorisés, donnent des avis, contrôlent le respect des normes de fabrication. La coopération est organisée de telle sorte que « les membres des comités et experts chargés de l'évaluation des médicaments s'appuient sur l'évaluation et les ressources scientifiques disponibles au sein des structures nationales d'autorisation de mise sur le marché »²⁵⁵⁰. En outre, les comités ont la faculté d'instituer des groupes de travail et des groupes d'experts, et ce sont les « Etats membres [qui] transmettent à l'agence une liste d'experts possédant une expérience confirmée en matière d'évaluation des médicaments et pouvant participer aux groupes de travail et aux groupes d'experts »²⁵⁵¹.

2. La coordination et la veille scientifiques

867. A côté de la coopération verticale, des structures de coordination horizontale sont mises en place. Cette duplication des relations dans la procédure d'expertise est le fait d'une approche « intégrée ». Mais le dispositif ne serait pas complet si, à côté du système de contrôle et de surveillance, un dispositif de veille et un système d'alerte n'avaient été prévus.

a) La coordination

868. La solution la plus aboutie a été adoptée dans le cadre de la nouvelle approche adoptée en matière de sûreté alimentaire. Elle consiste à prévoir que les avis rendus au sein des différents comités scientifiques compétents sont regroupés sous l'autorité d'un nouveau Comité Directeur Scientifique (CSD)²⁵⁵².

Devant la multiplication des procédures d'expertise et des comités spécialisés au niveau communautaire, il était indispensable de procéder à une réorganisation des services de la

²⁵⁴⁸ Article 2 du Règlement 1210/90 du Conseil du 7 mai 1990 relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (JOCE 1990, L 120/1), tel que modifié par le Règlement 933/1999 du Conseil du 29 avril 1999 (JOCE 1999, L 117/1).

²⁵⁴⁹ Article 49 al. 2 du Règlement 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993, JOCE 1993 L 214/1.

²⁵⁵⁰ Article 53 § 3 du Règlement 2309/93, JOCE 1993, L 214/1.

²⁵⁵¹ Article 53 § 2 du Règlement 2309/93, JOCE 1993, L 214/1; v. également EMEA, *What is the role of Scientific Advice Review Group?*, www.eudra.org/gendocs/sciadvic/q11.htm.

²⁵⁵² Décision 97/404/CE de la Commission du 10 juin 1997 instituant un comité scientifique directeur, JOCE 1997, L 169/85.

Commission. Le CSD, placé sous la responsabilité de la DG XXIV²⁵⁵³, est composé de huit experts scientifiques n'appartenant à aucun autre comité scientifique ainsi que des présidents des comités scientifiques compétents dans ce domaine²⁵⁵⁴. Son mandat comprend l'assistance à la Commission, la coordination des travaux des différents comités scientifiques, le partage des tâches entre les comités pour des problèmes nécessitant la mise en œuvre de plusieurs compétences, l'élaboration d'avis sur les questions multidisciplinaires. Pratiquement, les avis plus importants adoptés par le comité ont porté jusqu'à présent sur les risques liés à l'ESB. D'autre part, il lui incombe d'introduire dans tous les comités des procédures harmonisées pour l'évaluation des risques²⁵⁵⁵.

869. Le droit de la normalisation technique connaît la même évolution. Le principe de fonctionnement est qu'au sein des comités techniques les organismes européens de normalisation travaillent en coordination avec les organismes nationaux de normalisation et leurs experts venus de toute l'Europe. Jugeant, cependant, que « l'efficacité dans la production des normes européennes est la priorité des priorités », la Commission a proposé, dans un Livre vert, un allègement des procédures d'élaboration des normes par l'utilisation des nouvelles technologies de communication et des enquêtes publiques plus courtes et plus souples. Au titre de « l'amélioration et la coordination de la normalisation européenne et la stabilité organisationnelle constituent la première priorité », elle a également proposé de créer un nouvel organisme central de coordination, « le Conseil européen de normalisation ». Responsable de la gestion et de la coordination de la normalisation européenne, il lui reviendrait d'élaborer des règles de fonctionnement communes à tous les organismes de normalisation regroupés dans le système. L'objectif serait ainsi d'éviter les risques encourus aux Etats-Unis de fragmentation dans la production de normes²⁵⁵⁶. Que ces propositions aient rencontré la vive opposition des acteurs concernés est chose remarquable. Dans l'idée d'efficacité qui inspire ces solutions, ils n'ont vu qu'une nouvelle variante d'un contrôle bureaucratique²⁵⁵⁷.

870. La même idée préside aux modifications apportées aux procédures relatives aux études d'impact et à la prévention et la réduction intégrée de la pollution. Ces deux procédures développent désormais une approche intégrée fondée sur la coordination de toutes les autorités

²⁵⁵³ L'ensemble des comités scientifiques compétents en ce domaine sont ainsi placés sous la responsabilité de la Direction générale de la santé (Bull. UE 1/2-1997, 73-74). L'une des raisons fondamentales de ce changement est que « *the locations of the scientific committees within the Commission's industrial and agricultural DGs were seen by consumers, other public health interests and European Parliamentarians concerned by the BSE crisis as indicative of the dominance of industrial interests and a neglect of consumers' safety and well-being* »; en conséquence, « *the transfer of the committees to DG XXIV was considered a crucial move in symbolising the shift in the Commission's position* » (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 10-11).

²⁵⁵⁴ Cf. Décision 97/579 de la Commission du 23 juillet 1997 instituant des comités scientifiques dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire, JOCE 1997, L 237/18.

²⁵⁵⁵ Pour plus de détails, consulter le Site internet Direction générale de la Santé.

²⁵⁵⁶ Sur tous ces points, Communication de la Commission concernant le développement de la normalisation européenne, *Action pour une intégration technologique plus rapide en Europe*, JOCE 1991, C 20/1, §§ 35 et ss.

²⁵⁵⁷ Communication de la Commission, *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne (Suite donnée au « Livre vert » de la Commission)*, JOCE 1992, C 96/2, §§ 8-9.

compétentes nationales intéressées dans la procédure²⁵⁵⁸. Il s'agit ainsi d'éviter que « l'absence de solides mécanismes de coordination entre les différents systèmes et domaines [d'application du droit de l'environnement] ait pour conséquence de créer un champ fragmenté, avec des sous-systèmes limités et isolés développant, chacun pour leur propre compte, des hiérarchies, des coalitions, des barrières d'entrée »²⁵⁵⁹.

b) La veille

871. Un système d'alerte rapide a été instauré en 1984 en vue d'échanger des informations sur les risques graves et immédiats menaçant la santé et la sécurité des consommateurs²⁵⁶⁰. Ce système a par la suite été intégré dans la Directive 92/59/CEE sur la sécurité générale des produits²⁵⁶¹. Au terme de l'article 8, lorsqu'un Etat membre détecte un risque grave et immédiat pour la santé des consommateurs, il doit notifier à la Commission, par les moyens les plus rapides, les informations nécessaires ainsi que les mesures de sauvegarde adoptées. La Commission peut alors convoquer à très brève échéance la réunion des comités scientifiques pour étudier la question. Elle est ensuite tenue de consulter le comité de réglementation et de notifier aux Etats membres les données identifiant le risque en cause. On comprend qu'en ce genre de situations il soit plus important encore d'assurer une bonne coordination des acteurs et de l'information, afin de garantir l'efficacité et la compatibilité des diverses mesures arrêtées²⁵⁶².

872. La récente gestion de la « crise de la Dioxine » ayant permis de tester le système, il est apparu nécessaire de l'améliorer. Un renforcement de la coopération des systèmes de contrôles a dû être envisagé²⁵⁶³. Dans son Livre vert, la Commission dressait déjà le diagnostic suivant: « l'expérience indique qu'il serait peut-être utile d'améliorer les méthodes de gestion des informations et d'alerte du public en cas de risque grave ». D'une part, « les procédures d'alerte et de sauvegarde nécessitent une coopération et une confiance mutuelle entre les Etats membres », ainsi qu'une prise en considération des besoins des consommateurs et de l'industrie. D'autre part, il est très important d'améliorer l'information du public, tout en préservant les intérêts commerciaux²⁵⁶⁴. Il existe en droit de l'environnement des procédures qui pouvaient servir de

²⁵⁵⁸ Article 7 de la Directive 96/61 du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, JOCE 1996, L 257/26; article 7 de la Directive 97/11 du Conseil du 3 mars 1997, JOCE 1997, L 73/5.

²⁵⁵⁹ D. CHALMERS, *Inhabitants in the Field of EC Environmental Law*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW*, P. Craig & G. de Búrca (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, 682.

²⁵⁶⁰ Décision 84/133/CEE du Conseil du 22 mars 1984 (JOCE 1984, L 70) modifiée par la Décision 89/45/CEE du 21 décembre 1989 (JOCE 1989, L 17).

²⁵⁶¹ Directive 92/59/CEE du Conseil du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits, JOCE 1992, L 228/24. On se référera également aux directives vétérinaires et à la Directive 93/43/CEE relative à l'hygiène qui prévoit que dans certains cas la Commission peut arrêter des mesures provisoires d'urgence, sous réserve d'une ratification par une procédure de comité dans un délai très bref.

²⁵⁶² Voir, en général, C. SCHMITTER, *Sécurité des aliments. La gestion des crises dans la Communauté européenne et les Etats membres*, JTDE, 2000, 97-105.

²⁵⁶³ Sur tous ces points, N. DE GROVE-VALDEYRON, *La protection de la santé et de la sécurité du consommateur à l'épreuve de l'affaire de la dioxine*, RMC, 1999, 700-707.

²⁵⁶⁴ Commission des CE, Livre vert, *Principes généraux de la législation alimentaire*, COM(97) 176 final, 40.

modèle à ces évolutions²⁵⁶⁵. Ainsi, le Livre blanc de la Commission assigne comme priorité à son action l'instauration, sous l'égide de l'Autorité alimentaire européenne, de « systèmes d'alertes », aux fins d'établir un « lien avec d'autres systèmes d'information rapide » et de « créer un cadre légal global et harmonisé élargissant le champ d'action du système actuel d'alerte rapide à tous les produits destinés à l'alimentation humaine et animale »²⁵⁶⁶.

873. Un système d'alerte n'a pas d'efficace sans un système de prévention complémentaire. A côté de son rôle de « gestionnaire de crise », l'Autorité alimentaire « aura un rôle préventif à jouer en élaborant et en mettant en œuvre des programmes de monitoring et de surveillance de la sécurité alimentaire » de manière à pouvoir assurer « une évaluation et une réaction en temps réel » aux crises²⁵⁶⁷. La Commission assigne déjà à l'Unité analyse des risques de la Direction générale de la santé un rôle prospectif en cherchant à identifier les risques potentiels ou émergents pour la santé du consommateur²⁵⁶⁸. On imagine le profit qu'elle pourrait tirer de la mise en place, en amont, de structures stables et pluralistes de surveillance et d'expertise sous la forme suggérée par exemple par P. Roqueplo: celle des « collectifs d'experts permanents »²⁵⁶⁹.

874. En ces domaines, les crises sont avant tout des « crises de l'information ». Il faut développer les systèmes d'évaluation interne, à côté des contrôles scientifiques effectués par des Etats. De ce point de vue, le citoyen est promu au rang de « lanceur d'alerte »²⁵⁷⁰. Pourvu qu'il soit « éduqué », il mérite d'être intégré à la procédure d'évaluation. Dès lors, transparence et remontée de l'information deviennent, pour la Commission, des principes d'organisation essentiels. On voit comment la volonté d'assumer une « responsabilité procédurale » dans la gestion des évaluations scientifiques atteint là son point culminant. La Commission se contente d'exercer une sorte de « contrôle des contrôles » des évaluations et des inspections scientifiques pour lesquelles, en général, les Etats membres conservent la responsabilité essentielle²⁵⁷¹. Quelle en est la nature? Il ne s'agit pas d'un contrôle juridique. Il y a plutôt lieu de parler d'un contrôle et d'une responsabilité d'ordre « cognitif »²⁵⁷². C'est la responsabilité d'établir une coordination

²⁵⁶⁵ Cf. par ex. le dispositif prévu à l'art. 13 de la Directive 96/82 du Conseil du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, JOCE 1996, L 10; Directive 89/618/Euratom du Conseil du 27 novembre 1989 concernant l'information de la population sur les mesures de protection sanitaire applicables et sur le comportement à adopter en cas d'urgence radiologique, JOCE 1989, L 357/31.

²⁵⁶⁶ Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 18; v. Annexe « Plan d'action », 44.

²⁵⁶⁷ Ibid., § 50.

²⁵⁶⁸ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 18.

²⁵⁶⁹ P. ROQUEPLO, *ENTRE SAVOIR ET DECISION, L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE*, Ed. INRA, Paris, 1997, 40-43.

²⁵⁷⁰ Voir l'analyse de M.-A. HERMITTE & C. NOVILLE, *L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1er juillet 1998 sur la sécurité sanitaire*, Gaz. Pal., 24 octobre 1998, 1423-1430. Les auteurs montrent une évolution parallèle du droit français, à la suite du droit communautaire, et esquissent une comparaison avec le système fédéral américain.

²⁵⁷¹ En ce sens, R. O'ROURKE, *EUROPEAN FOOD LAW*, Palladian Law Publishing Ltd, Bembridge, 1998, 91; Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, II. 2.3.3.

²⁵⁷² Voir en ce sens D. BOURCIER & G. KOUBLI, *Responsabilisation des décideurs et systèmes d'information*, AJDA, 1999, 3-10: ces auteurs parlent de la « responsabilisation » comme « fondement cognitif des systèmes d'information ».

efficace des travaux des différents acteurs de l'expertise et de tenter de créer une "sphère parfaite" où circulerait, sans discontinuité, l'information. Mais, par là, on risque de s'éloigner des garanties fondamentales de la procédure qui ont pour effet d'interrompre le cours de l'expertise et de l'information. Le contrôle se confond ici avec l'efficacité de la « coordination », non avec la légitimité du « contradictoire ».

B. Le cadre général de la coopération

875. La forme générale dans laquelle s'insère l'expertise scientifique communautaire possède désormais une dénomination particulière: « l'analyse de risque »²⁵⁷³. Introduite récemment dans le domaine de la santé publique, en raison de l'urgence des problèmes qui se posent, elle comporte trois étapes. Il y a d'abord l'évaluation des risques, qui constitue la base des avis scientifiques. Elle privilégie la coopération et la coordination des différentes autorités compétentes. Il y a ensuite la gestion du risque, nouvelle expression pour désigner l'adoption d'une norme fondée sur les résultats de l'évaluation scientifique et atteignant le « niveau de protection désiré ». Il y a enfin la communication du risque, qui consiste à assurer l'accès « le plus large possible » de toutes les parties intéressées aux avis scientifiques et aux décisions politiques. Ici s'opère « l'interface entre le monde scientifique et celui de la politique et des autres composantes de la société civile »²⁵⁷⁴. Ce cadre vise un idéal; mais il comporte certaines limites.

1. L'idéal d'une « démocratie cognitive »

876. L'analyse de risque prend pour idéal l'organisation d'une véritable « démocratie cognitive »²⁵⁷⁵. Elle repose sur le modèle de la "pensée complexe"²⁵⁷⁶. Mais le principe en est fort simple. Il résulte de la combinaison de deux principes. Un principe rénové de démocratie sociale: c'est l'établissement d'un « réseau de compétences très diverses » où peuvent entrer toutes les parties ayant les ressources cognitives pour participer²⁵⁷⁷. Un principe classique de séparation des pouvoirs: la Commission, politiquement responsable, a pour tâche d'utiliser ou de pondérer, « autant que de besoin », les résultats des analyses de risques effectuées.

a) Une stricte séparation des pouvoirs

²⁵⁷³ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 20-21; Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 12.

²⁵⁷⁴ Ibid., 21.

²⁵⁷⁵ Cette expression est utilisée par ex. par E. NAIM-GESBERT, *LES DIMENSIONS SCIENTIFIQUES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-Vubpress, Bruxelles, 1999; J. THEYS, *L'expert contre le citoyen? Le cas de l'environnement*, in *L'ÉTAT MODERNE ET L'ADMINISTRATION. Nouveaux contextes, nouvelles éthiques, nouveaux experts*, C. Join-Lambert (dir.), Paris, LGDJ, 1994, 151-165; P. LASCOUTES, *L'expertise peut-elle être démocratique?*, *Le Monde des Débats*, n° 8, novembre 1999.

²⁵⁷⁶ L'expression de « démocratie cognitive » est attribuée par J. Theys à Edgar Morin. Cf. E. MORIN, *INTRODUCTION A LA PENSÉE COMPLEXE*, Ed. E.S.F., Paris, 1990; A.-J. ARNAUD, *Modélisation de la décision complexe en droit: quelques pistes de recherche*, in *PENSER LA JUSTICE*, ouvr. coll., CRDP Midi-Pyrénées, Toulouse, 1998.

²⁵⁷⁷ Cf. Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final.

877. « La législation implique une décision politique et comporte des jugements fondés non seulement sur les éléments scientifiques mais aussi sur une appréciation plus large des souhaits et des besoins de la société »: la Commission est garante des valeurs sociales. En conséquence, « il doit exister une séparation marquée entre gestion des risques et évaluation des risques »²⁵⁷⁸. Ainsi, bien que cette approche reconnaisse la place fondamentale de l'expertise dans le processus de décision, formellement elle la tient pour « accessoire ». Cette restriction est le résultat d'une distinction classique entre les *faits*, dont l'établissement relève de l'évaluation scientifique, et les *valeurs*, dont la prise en considération relève de la seule gestion politique.

b) Un principe de démocratie sociale

878. L'innovation consiste à instituer une « expertise participative »²⁵⁷⁹. Cette approche favorise « l'échange interactif d'avis et d'informations avec les parties intéressées »²⁵⁸⁰. La « vigilance du grand public » est même requise²⁵⁸¹. Les intéressés sont intégrés en tant que parties « compétentes » capables d'éclairer les faits de l'expertise. Mais ils sont sélectionnés: la Commission « restera responsable de la communication du risque »²⁵⁸². Le but est de faire coexister, au sein de la procédure d'expertise, différents « systèmes d'apprentissage » qui « se caractérisent par des opérations de sélection des acteurs et des données, par des épreuves validantes, des relations hiérarchiques et des décisions »; la procédure d'expertise se caractérise ainsi par la mise en place de « réseaux de connaissance et d'action »²⁵⁸³.

2. Les limites de l'analyse de risque

879. Sous cette forme, la procédure d'expertise se heurte à deux difficultés majeures.

a) L'exclusion

880. La mise en réseau génère un processus d'exclusion en ce qu'elle se fonde sur les avantages acquis. Un réseau d'expertise se caractérise non seulement par les inégalités considérables entre les différentes parties mais aussi par la mise à l'écart des « profanes »²⁵⁸⁴. Il est évident que, sous cette forme, « la coopération scientifique a pour effet prévisible d'intégrer les différences de ressources scientifiques existant parmi les Etats membres, les Etats

²⁵⁷⁸ Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 32. Notons que la création d'agences ou d'autorités indépendantes spécialisées ne modifient pas ce schéma, dans la mesure où elles se contentent de fournir l'analyse scientifique à la Commission, laquelle conserve le pouvoir de décider

²⁵⁷⁹ E. NAIM-GESBERT, *op. cit.*, 665.

²⁵⁸⁰ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 18. Pour une visualisation de tout le processus, v. « Figure 3.1 » du Rapport de P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 20.

²⁵⁸¹ Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 97.

²⁵⁸² *Ibid.*, § 51.

²⁵⁸³ P. LASCOUMES, *L'expertise peut-elle être démocratique?*, *Le Monde des Débats*, n° 8, novembre 1999.

²⁵⁸⁴ D'après P. LASCOUMES, *op. cit.*, *Le Monde des Débats*, n° 8, novembre 1999.

méridionaux étant notoirement moins dotés »²⁵⁸⁵. Ces inégalités existent également dans le domaine de l'expertise technique. Il est frappant de constater que les organes nationaux de normalisation regroupant les industries bénéficiant de la plus grande expérience en matière de normalisation n'ont jamais cessé de dominer au sein des différents comités techniques européens²⁵⁸⁶. Il va sans dire qu'une évaluation confiée directement aux opérateurs économiques ne fait que creuser ces inégalités: les petites entreprises apparaissent démunies²⁵⁸⁷. Certes, les rapports d'asymétrie d'information sont inhérents à toute procédure collective d'évaluation. Mais il s'agit ici d'effets plus généraux d'exclusion qui sont induits par la procédure juridique qui est mise en place. Celle-ci doit nécessairement conduire à priver d'expression directe ceux qui ne disposent pas des ressources scientifiques suffisantes.

881. On dira que, dans une procédure d'expertise, seule compte la présence des experts les plus qualifiés. Peu importe leur origine. C'est oublier que des experts qualifiés peuvent aboutir, à partir des mêmes analyses, à des conclusions opposées²⁵⁸⁸. On sait désormais que les traditions culturelles ont une grande influence sur les méthodologies scientifiques²⁵⁸⁹. Cela apparaît clairement lors de la survenance de crises politiques graves. *Il peut arriver alors que, dans le passage de l'expertise à la décision, « la connaissance se transforme en compromission »*²⁵⁹⁰. La domination d'un Etat ou d'un groupe sur la procédure d'expertise a pour effet d'imposer un certain « style de régulation », qui détermine le niveau général de protection retenu par la

²⁵⁸⁵ E. VOS, *INSTITUTIONAL FRAMEWORKS OF COMMUNITY HEALTH AND SAFETY REGULATION. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 172, où l'auteur rapporte que les inégalités sont reconnues par un fonctionnaire de la DG III; dans le même sens, C. JOERGES & J. NEYER, *Multi-Level Governance, Deliberative Politics, and the Role of Law*, Conference paper, RSC EUI, Florence, 9 and 10 December 1996, 45-46. Or, cette question devient encore plus préoccupante dans la perspective de l'élargissement de l'Union à des pays moins bien dotés scientifiquement (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 60-62).

²⁵⁸⁶ Cf. V. EICHENER, *Social Dumping or Innovative Regulation? Processes and Outcomes of European Decision-Making in the Sector of Health and Safety at Work Harmonization*, EUI, WP SPS, Florence, 92/28, 1992; M. EGAN, *Regulatory strategies, delegation and European market integration*, JEPP, 1988, 485-506.

²⁵⁸⁷ Voir par exemple en matière d'évaluation des nouveaux aliments (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 17-18). Pour un constat semblable en matière de labellisation écologique, L. BOY, *L'éco-label communautaire, un exemple de droit post-moderne*, RIDE, 1996, 69-97.

²⁵⁸⁸ En ce sens, G.R. CHAMBERS, *The BSE Crisis and the European Parliament*, in in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 95-106.

²⁵⁸⁹ Il faut entendre le terme de « traditions culturelles » au sens large, comprenant non seulement les cultures nationales mais aussi les cultures administratives et les cultures d'entreprises (Cf. J. DEFRESNE & I. JEUFFROY-NIEHNES, *Tradition culturelle et expertise*, in *LA TERRE OCTROYEE. Les experts sont formels!*, J. Theys & B. Kalaora (dir.), Ed. Autrement, Paris, 1992, 188-201). Au terme d'études comparatives exhaustives menées en Allemagne, en France et en Grande-Bretagne, il apparaît que « le recours à l'expertise exprime des caractères culturels complexes à forte inertie » qui ne se confondent ni avec un état scientifique ni tout à fait avec un état politique. Mais ce sont bien, au sens large, des divergences politiques qui sont en jeu. D. DUCLOS rappelle ainsi un cas célèbre d'origine américaine : « dans la controverse sur le réchauffement des eaux du lac Cayuga pour un projet de centrale nucléaire, les universitaires se divisèrent... entre démocrates et républicains! » (Cf. D. NELKIN, *NUCLEAR POWER AND ITS CRITICS: THE CAYUGA LAKE CONTROVERSY*, Cornell University Press, Ithaca, 1971). Les exemples de ce genre abondent, et non seulement aux Etats-Unis. N'est-ce pas, au-delà d'une opposition trop simple entre intérêts étatiques, l'une des clefs de la récente controverse entre experts français et experts britanniques dans l'affaire de l'ESB? Sur les suites de l'affaire de l'ESB, C. SCHMITTER, *Sécurité des aliments. La gestion des crises dans la Communauté européenne et les Etats membres*, JTDE, 2000, 97-105.

²⁵⁹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Esquisse d'une sociologie du droit boursier*, L'Année sociologique, 1999, n° 49, 481.

législation adoptée, et crée de ce fait des effets discriminatoires sur l'ensemble du marché et des acteurs concernés²⁵⁹¹.

b) L'absence de réelle confrontation

882. La procédure communautaire d'évaluation adopte pour principe d'organisation celui de la discussion scientifique. Celle-ci suppose, dans le meilleur des cas, une procédure d'argumentation libre conduisant à une solution d'entente rationnellement motivée. Dans les procédures d'expertise communautaire, le *consensus* doit toujours finir par l'emporter. Aussi est-il pratiquement érigé en règle contraignante²⁵⁹². Certes, toute possibilité réelle de délibération n'est pas exclue. Mais, en règle générale, la contradiction a pratiquement disparu²⁵⁹³.

883. L'infirmité d'un tel système est plus précisément qu'il ne saisit la procédure que sous la forme d'une recherche des faits et des compétences. Si la pluralité des points de vue est assurée, elle ne l'est cependant que dans les limites assignées par l'objectif de trouver un consensus sur un objet fixé d'avance²⁵⁹⁴. La procédure d'expertise est capable d'échanger des informations et d'institutionnaliser de multiples liens avec des unités locales d'information, mais il s'agit d'une circulation anonyme. *Il peut arriver alors que, dans le passage de l'expertise à la décision, « le consensus se traduit par un compromis »*²⁵⁹⁵. Lorsqu'intervient la communication du risque, les choix fondamentaux sont déjà fixés et rendus intangibles par l'évaluation scientifique sur laquelle s'appuie l'appréciation politique. Même si elle est formellement "accessoire", l'expertise devient *de facto* décisive. Eventuellement complétés, précisés, discutés, les choix qui résultent des procédures d'évaluation ne subissent pas l'épreuve du contradictoire²⁵⁹⁶. Il s'ensuit que les

²⁵⁹¹ Sur ce point, M. EGAN & A. ZITO, *Regulation in Europe and the Globalization of the Economy: European Standardization at a Cross-roads*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 273-292.

²⁵⁹² Le consensus est la règle dans la normalisation européenne. De même, en matière pharmaceutique, « lors de la préparation de l'avis, chaque comité déploie tous ses efforts pour parvenir à un consensus scientifique » (art. 52 § 4 du Règlement n° 2309/93, JOCE 1993, L 214/1). Le comité scientifique en matière de limites d'exposition professionnelle à des agents chimiques « fait tout pour que ses recommandations soient le résultat d'un consensus » (art. 8 de la Décision 95/320 de la Commission du 12 juillet 1995, JOCE 1995, L 188/14).

²⁵⁹³ Ce n'est pas un hasard si un lien étroit unit la pensée politique et administrative de l'expertise à l'approche organiciste considérant le corps social comme un tout homogène (en ce sens, M. BOUVIER, *Pensée de la complexité et idéologie de la complexité*, in *L'ETAT MODERNE ET L'ADMINISTRATION. Nouveaux contextes, nouvelles éthiques, nouveaux experts*, C. Join-Lambert (dir.), Paris, LGDJ, 1994, 121-134).

²⁵⁹⁴ Nous touchons là aux « limites du discours argumentatif ». J. NEYER cite le cas des discussions d'experts dans le cas du comité scientifique de l'alimentation humaine qui s'interdit de discuter des implications sociales et redistributives des mesures adoptées afin d'éviter les conflits (*The Comitology Challenge to Analytical Integration Theory*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 234).

²⁵⁹⁵ M.-A. HERMITTE, *L'Expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts*, Justices, 1997, 91.

²⁵⁹⁶ Les instruments de l'auto-évaluation environnementale, *études d'impact* et *prévention intégrée de la pollution*, en offrent un exemple particulièrement frappant: « *the formal limits of these instruments do not enable them to establish an effective pattern of responsive regulation which could contribute to the shaping of operators' preferences. The structure of corporate self-organization are left untouched. Those instruments which grant public rights to a hearing or to information grant them only after the process of self-review has been completed* » (D. CHALMERS, *Inhabitants in the Field of EC Environmental Law*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW*,

ressources « culturelles et sociales », prises en compte lors de la communication du risque sont aliénées aux « ressources cognitives » préalablement mises en œuvre lors de l'évaluation²⁵⁹⁷.

884. Lors donc qu'elle déclare ouvrir la procédure d'expertise, ce n'est pas sur le contradictoire, c'est encore sur la compétence que la Commission met l'accent. On comprend qu'un tel modèle appelle une « citoyenneté européenne » encore à naître sur le modèle de la « citoyenneté technologique » inventée aux Etats-Unis²⁵⁹⁸. Formellement du moins, la procédure mise en place remplit les critères du modèle « démocratique » défini par J. Habermas²⁵⁹⁹. Elle ne se contente pas d'exiger des raisons scientifiques solides à l'appui de la régulation, elle offre des opportunités de participation aux parties intéressées²⁶⁰⁰. Seulement, elle les articule de telle sorte que, dans la communication, le choix des normes est déjà justifié, créant de ce fait un processus d'exclusion. Bien qu'elle prenne l'apparence d'une politique délibérative, cette procédure revient, en fait, à instaurer un nouveau management de la communication²⁶⁰¹. Le problème se résume alors en une seule question: *Comment transformer une expertise, par nature réticulaire et consensuelle, de telle sorte que la procédure soit essentiellement plurielle et contradictoire?*

SECTION II. LES CONTRAINTES JURIDIQUES DE L'EXPERTISE

885. Des principes qu'elle impose *spontanément* à ses procédures d'expertise, la Commission entend d'abord tirer une crédibilité dont celles-ci ne disposent pas *a priori*²⁶⁰². Dans le contexte actuel, garantir la « crédibilité auprès du public » de la législation et de l'évaluation scientifique

P. Craig & G. de Búrca (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, 681). Mais ce constat vaut aussi par exemple pour la procédure d'attribution du label écologique: la conséquence en est que « certains risques pour l'environnement, bien qu'ils soient considérés comme des critères pertinents, ne sont pas pris en compte dans la matrice d'évaluation » (L. BOY, *op. cit.*, 85).

²⁵⁹⁷ Sur la notion de « ressources culturelles », N. STEHR, *Experts, Counsellors and Advisers*, in *THE CULTURE OF POWER KNOWLEDGE. Inquiries into Contemporary Society*, N. Stehr & V. Ericson (eds), Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1992, 141-142.

²⁵⁹⁸ Cf. U. BECK (entretien), *L'ère du risque*, Le Monde des Débats, n° 8, novembre 1999. L'auteur estime que l'Union européenne est le « laboratoire d'une institution de ce genre ».

²⁵⁹⁹ Cf. J. HABERMAS, *Scientification de la politique et opinion publique*, in *LA TECHNIQUE ET LA SCIENCE COMME IDEOLOGIE*, trad. par J.-R. Ladmiral, Denoël, Paris, 1984. On retiendra que, « à la base de la scientification de la politique, il y a la relation entre les sciences et l'opinion publique, qui en est proprement constitutive » (110); « Le processus de traduction qui s'instaure entre science et politique renvoie en dernière instance à l'opinion publique » (121).

²⁶⁰⁰ En ce sens, le système d'expertise scientifique communautaire « *needs to include stakeholder involvement, to become accountable, i.e., democratically responsive to people's concerns and to allow a clear communication system which also vividly displays how the scientific assessment system links with both the effective management of crises and the steady rigorous and rational pursuit of higher health and environmental standards in the public interest* » (P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 15).

²⁶⁰¹ C'est-à-dire une nouvelle forme de paternalisme: en ce sens, G. RICHARDSON, *LAW, PROCESS AND CUSTODY*, Weidenfeld & Nicholson, London, 1995, 238. L'auteur rappelle l'existence d'une tension traditionnelle, au sein de la procédure d'expertise, entre « *beneficence* » (bienveillance-compétence) et « *autonomy* » (autonomie).

²⁶⁰² Règles spontanées, elles résultent dans de nombreux cas de Codes de conduite adoptés par les organes responsables concernés. Voir par exemple Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, Code de conduite de l'EMEA, Londres, 15 décembre 1999.

communautaires est le souci majeur²⁶⁰³. Un marché intérieur élargi à la prise en charge des risques sociaux repose en grande partie sur la confiance. La crédibilité pour l'extérieur suppose une efficacité de l'action intérieure. D'où la nécessité de mettre en place des « réseaux scientifiques »²⁶⁰⁴.

886. Certes il est tentant d'inclure les principes d'excellence, d'indépendance et de transparence dans les principes directeurs de l'expertise judiciaire: objectivité, indépendance et contradictoire²⁶⁰⁵. Mais assimiler ce modèle d'expertise au modèle judiciaire serait hâtif. La caractéristique de cette approche est que la part du contradictoire s'y révèle toujours insuffisante. C'est que la procédure juridique va bien plus loin qu'une coordination et une mise en réseau: il n'y a plus seulement alors une recherche anonyme de l'information et du consensus; il y a, en face de l'information, une personne parlant à une personne, la combattant et l'aidant tout à la fois; il y a un arrêt dans le processus d'apprentissage et un commencement de dialogue.

Désormais, la jurisprudence communautaire permet d'envisager la consécration d'une obligation de consultation scientifique à la charge de l'administration communautaire (I). Cette jurisprudence peut être le fondement d'une transformation des conditions d'exercice de l'expertise (II).

§ I. VERS UNE OBLIGATION GENERALE DE CONSULTATION SCIENTIFIQUE?

887. Le développement de l'expertise ne pouvait rester sans conséquences jurisprudentielles. Certes, on ne saurait affirmer que le principe de l'expertise possède aujourd'hui la valeur d'un principe général du droit communautaire²⁶⁰⁶. Il s'en faut même de beaucoup. Force est d'admettre cependant que la jurisprudence communautaire n'est pas loin de conférer à l'expertise la nature d'une obligation générale à la charge de la Commission²⁶⁰⁷ (A). Avancée qui ne va pas, toutefois, sans limites (B).

A. Une jurisprudence innovante

²⁶⁰³ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 19; Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 29. C'est aussi, de manière significative, l'enjeu du Rapport P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL commandé par la Commission: « *Gaining Public, Parliamentary and Industrial Confidence in the European Handling of Public Health Issues* » (*THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, Site internet de la DG XXIV, 13).

²⁶⁰⁴ Très clairement en ce sens, Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final.

²⁶⁰⁵ Telle est la démarche adoptée par M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, 81-82. Sur ces principes en droit judiciaire privé interne, L. CADIET, *DROIT JUDICIAIRE PRIVE*, Litec, Paris, 2ème éd., 1998, n° 1229 et ss; T. MOUSSA, *DICTIONNAIRE JURIDIQUE DE L'EXPERTISE. Matières civile et pénale*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 1988.

²⁶⁰⁶ C. JOERGES évoque pourtant la consécration d'un « *meta-positive principle* » (*Scientific Expertise in Social Regulation and the European Court of Justice: Legal Frameworks for Denationalized Governance Structures*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 314).

888. Deux arrêts rendus par la Cour de justice en matière de santé publique concourent notamment à imposer une telle obligation de consultation scientifique.

1. La jurisprudence *Angelopharm*

889. Sur conclusions contraires de l'avocat général Jacobs, la Cour de justice accueille ce moyen dans un premier arrêt *Angelopharm* du 25 janvier 1994²⁶⁰⁸. Afin de tenir compte d'une législation allemande de 1985 prévoyant l'interdiction de vendre des cosmétiques contenant la substance 11 Alpha OHP, la directive « cosmétiques », adoptée en 1976 par le Conseil en vue de l'harmonisation des législations relatives aux produits cosmétiques, a été modifiée en 1990 par une directive technique de la Commission, portant adaptation au progrès technique des annexes de la Directive 76/768/CEE. Cette modification eut pour résultat d'interdire à compter du 1er janvier 1991 la fabrication et la mise sur le marché communautaire de produits cosmétiques contenant l'agent 11 Alpha OHP. Dès 1987, la société *Angelopharm* qui commercialise un produit cosmétique destiné à éviter la chute des cheveux contenant cet agent contestait la législation allemande devant les juridictions nationales. En 1990, une expertise ordonnée par la *Verwaltungsgericht* de Hambourg révélait que cet agent ne recelait aucun danger pour la santé humaine. L'invalidité de la législation allemande ne pouvait cependant être déclarée sans que la directive comportant la même interdiction eût été privée d'effets en droit interne. Dans ces conditions, la juridiction allemande décidait de porter l'affaire par voie de questions préjudicielles devant la Cour.

890. L'adoption de la directive technique intervenait au terme d'une procédure complexe. La directive « cosmétiques » prévoit en effet la consultation de deux comités. Elle institue d'abord un comité pour l'adaptation au progrès technique des directives visant à l'élimination des entraves techniques aux échanges dans le secteur des produits cosmétiques. Il résulte clairement des dispositions de la directive que ce comité, composé de représentants des Etats membres et présidé par un représentant de la Commission, doit obligatoirement être consulté. En outre, une décision de la Commission du 19 décembre 1977 institue un comité scientifique de cosmétologie, qui est consulté « à l'initiative soit de la Commission, soit d'un Etat membre » pour l'adoption des modifications nécessaires au progrès technique de la directive « cosmétiques ». Or, il est établi en l'espèce qu'en ce qui concerne l'interdiction de la substance en cause la consultation de ce comité n'a pas eu lieu. Selon *Angelopharm*, cette absence de consultation du comité scientifique aurait pour effet de rendre la directive technique invalide.

891. Il faut reconnaître, selon la Cour d'accord avec l'avocat général, que les dispositions de cette directive « ne font pas ressortir clairement si la consultation du comité doit ou non avoir lieu

²⁶⁰⁷ Voy. la position prudente de K.C. BRADLEY, *Institutional Aspects of Comitology: Scenes from the Cutting Room Floor*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 71-93.

²⁶⁰⁸ CJCE, 25 janvier 1994, *Angelopharm*, C-212/91, I-171.

dans tous les cas »²⁶⁰⁹. De là l'avocat général Jacobs conclut que la Commission détient un large pouvoir discrétionnaire pour décider de consulter ou non le comité scientifique²⁶¹⁰. Il serait logique d'admettre une distinction entre les deux comités parce que « le premier comité fait partie du mécanisme de contrôle, par les représentants des Etats membres, de l'exercice par la Commission des pouvoirs qui lui sont délégués », tandis que le second comité « n'est pas un élément nécessaire d'un tel contrôle »²⁶¹¹. En conséquence, la consultation du comité scientifique ne saurait être considérée, au même titre que la consultation du comité des Etats, comme une exigence impérative susceptible d'entraîner l'invalidité de la directive litigieuse.

892. Que la Commission dispose en la matière d'un certain pouvoir discrétionnaire, lequel découle des difficultés techniques de la matière, c'est certain; mais il s'agit pour la Cour d'un pouvoir qui engage la Commission à trouver un appui dans l'expertise plutôt qu'elle ne lui donne toute liberté d'agir à son gré. Ici la logique du raisonnement a changé. Ce n'est plus le contrôle *politique* dans une procédure *décisionnelle* qui doit être privilégié. Ce qu'il faut surtout protéger, ce sont les garanties *juridiques* d'une procédure *complexe*. On dira de la sorte, en se fondant sur les préambules des directives concernées:

« l'élaboration et l'adaptation des règles communautaires en matière de produits cosmétiques reposent sur des appréciations de caractère scientifique et technique qui doivent être fondées sur les résultats les plus récents de la recherche internationale et qui sont souvent complexes. Tel est, en particulier, le cas lorsqu'il s'agit d'apprécier si une substance est ou non dangereuse pour la santé humaine.

Or, comme elle l'a reconnu elle-même devant la Cour, la Commission n'est pas en mesure de porter de telles appréciations. »²⁶¹²

Il est vrai, l'avocat général l'avait rappelé, que les représentants des Etats membres au comité pour l'adaptation au progrès technique des directives peuvent être assistés, dans leur fonction de contrôle, par leurs propres experts sur les questions techniques. Mais il faut y insister: *cette expertise comitologique ne saurait remplacer celle dont les autorités communautaires doivent directement disposer*. Pour mériter le titre de garantie procédurale, l'expertise doit être non seulement *indépendante* mais *autonome*:

« le comité scientifique a pour fonction d'aider les autorités communautaires sur les questions scientifiques et techniques afin de leur permettre de déterminer, en toute connaissance de cause, les mesures d'adaptation nécessaires.

(...) La Commission a reconnu devant la Cour que la consultation de ce comité dans le cadre de la procédure d'adaptation des annexes de la directive « cosmétiques » permettrait de garantir que les mesures avaient un fondement scientifique, qu'elles tenaient en compte de l'état le plus récent de la recherche scientifique et technique et que seules étaient édictées les interdictions nécessaires à la santé publique.

(...) Dans la mesure où la consultation du comité scientifique est destinée à assurer que les mesures prises au plan communautaire sont nécessaires et adaptées à l'objectif

²⁶⁰⁹ Ibid., pt 26, I-209.

²⁶¹⁰ Ibid., Conclusions de l'avocat général Jacobs, §§ 32 à 42, I-184-187.

²⁶¹¹ Ibid., § 38, I-187.

²⁶¹² Ibid., pts 31 et 32, I-210.

de protection de la santé humaine poursuivi par la directive « cosmétiques », cette consultation est donc obligatoire dans tous les cas. »²⁶¹³

893. Certes, il convient de rester prudent: la Cour ne formule ici ni principe ni devoir général. Elle s'efforce seulement de réfuter les arguments de la Commission²⁶¹⁴. Dans les formules jurisprudentielles, on ne peut cependant s'empêcher de voir le principe suivant lequel la Commission, étant soumise à des appréciations complexes en matière de santé, doit décider d'après l'avis rendu par des « personnalités hautement qualifiées »; elle ne doit pas se contenter de collaborer *exclusivement* avec le comité des Etats membres. Ce principe rappelle la jurisprudence *Technische Universität München*: les garanties procédurales s'imposent dans l'élaboration de toutes les mesures impliquant l'exercice d'un choix technique et discrétionnaire, et le recours à l'expertise doit être compté comme l'une de ces garanties. Etendant l'obligation aux actes administratifs à portée générale, on est porté à la rattacher à un « *principe de bonne administration* ».

2. La jurisprudence *Pharos*

894. Sur pourvoi, un arrêt du 18 novembre 1999 confirme une appréciation du Tribunal d'après laquelle « lorsqu'elle est confrontée à un dossier scientifiquement et politiquement très complexe et sensible, il doit être reconnu à la Commission le droit de solliciter un tel avis nonobstant le silence du règlement n° 2377/90 sur ce point »²⁶¹⁵. Ce règlement prévoit une procédure communautaire pour la fixation des limites maximales de résidus de médicaments vétérinaires dans les aliments d'origine animale. En outre, tout opérateur présent sur le marché des médicaments peut demander l'inclusion d'une nouvelle substance pharmacologique dans la liste des substances non soumises à ces limites maximales de résidus. Le traitement de cette demande obéit aux règles générales de la comitologie: la Commission soumet d'abord la demande, pour examen, au comité d'experts des médicaments vétérinaires (CMV); compte tenu de l'avis rendu, elle soumet ensuite un projet de mesures à prendre au comité pour l'adaptation au progrès technique des directives relatives aux médicaments vétérinaires, qui constitue, au sens de la décision 87/373 du Conseil, un « comité de réglementation ». En l'espèce, la substance en cause pouvant être regardée comme dépendante d'une catégorie plus générale de produit de croissance pour bovins alors soumis à moratoire, le projet de la Commission n'avait pas obtenu l'avis conforme du comité de réglementation. En ce cas, le règlement n° 2377/90 prévoit, conformément à la décision 87/373, que « la Commission soumet sans tarder au Conseil une proposition relative aux mesures à prendre ». Mais s'écartant de cette disposition, la Commission décidait de demander au comité des médicaments vétérinaires un avis supplémentaire. A la suite de cet avis complémentaire, qui se révéla positif, la Commission transmettait au Conseil une nouvelle proposition de règlement incluant cette substance dans la liste des substances non soumises à limites de résidus. Mais dès la notification de la décision de la Commission de

²⁶¹³ Ibid., pts 34, 36 et 38, I-211-212.

²⁶¹⁴ En ce sens, K.C. BRADLEY, *op. cit.*, 83.

²⁶¹⁵ TPICE, 17 février 1998, *Pharos/Commission*, T-105/96, pt 69, II-306; v. également, TPICE, 16 juillet 1998, *Bergaderm et Goupil/Commission*, T-199/96, pt 55, II-2824.

surseoir au classement et d'obtenir un complément d'informations scientifiques, la société ayant présenté cette demande introduisait un recours en carence et une demande en indemnité.

895. Dans cette affaire, la question était de savoir si la demande d'avis complémentaire était fondée, dans la mesure où le règlement prescrivait à la Commission de soumettre « sans tarder » un projet au Conseil. Dans son arrêt, la Cour fait droit à la réponse apportée par le Tribunal. De manière très intéressante, elle se fonde ici sur le *principe d'équilibre des rapports institutionnels*:

« ...lorsque les mesures proposées par la Commission ne sont pas conformes à l'avis du comité de réglementation, ou en l'absence d'avis, la Commission n'est pas obligée de soumettre les mêmes mesures, sans modification, au Conseil.

Dès lors, si la Commission a le droit de modifier la proposition relative aux mesures à prendre qu'elle soumet au Conseil, elle doit nécessairement disposer d'un délai suffisant pour examiner les différentes manières d'agir qui lui sont ouvertes.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que le Tribunal a constaté, au point 65 de l'arrêt attaqué, que l'article 8, paragraphe 3, sous b), du règlement n° 2377/90 ne détermine pas de manière précise le délai dans lequel la Commission doit soumettre au Conseil une proposition relative aux mesures à prendre et que, au contraire, en employant l'expression « sans tarder », le législateur communautaire tout en ordonnant à la Commission d'agir avec rapidité, lui a laissé une certaine marge de manœuvre.

Il s'ensuit aussi que c'est également à bon droit que le Tribunal a constaté, au point 69 de l'arrêt attaqué, que lorsqu'elle est confronté à un dossier complexe et sensible, il doit être reconnu le droit de solliciter un avis complémentaire du CMV, nonobstant le silence du règlement n° 2377/90 sur ce point.

En effet, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, dans lesquelles quatre Etats membres au sein du comité de réglementation, craignant que le somatosalm ne puisse être utilisé comme promoteur de croissance, se sont opposés au projet des mesures à prendre et six Etats membres se sont abstenus au cours du vote, il ne saurait être fait grief à la Commission d'avoir recherché un avis scientifique dans le but d'éviter que sa proposition ne soit rejetée par le Conseil à la majorité simple. »²⁶¹⁶

Ces motifs solidement liés emportent la conviction. Ils jettent un éclairage nouveau sur le cadre réglementaire adopté à la suite de la crise de l'ESB. L'article 2 de la Décision 97/579 de la Commission instituant des comités scientifiques directeurs dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire dispose que « les comités scientifiques sont consultés dans les cas prévus par la législation communautaire »²⁶¹⁷. Sans doute subsiste-t-il « bon nombre d'actes juridiques sur des questions importantes pour lesquelles ces avis ne sont pas obligatoires »²⁶¹⁸. Mais, outre que « la Commission peut décider de les consulter également sur d'autres questions qui présentent un intérêt particulier pour la santé des consommateurs et la

²⁶¹⁶ CJCE, 18 novembre 1999, *Pharos/Commission*, C-151/98 P, pts 23 à 27, I-8189-8190 (I-8157). On trouvera déjà une application de ce raisonnement dans les conclusions de l'avocat général Mayras dans l'affaire *Denkavit/Commission* (aff. 14/78, Rec. [1978] 2497): il ne saurait être reproché à la Commission d'avoir institué un comité scientifique (Comité scientifique de l'alimentation animale) pour aider le comité permanent (Comité permanent des aliments pour animaux), dès lors qu'elle visait ainsi « la protection de la santé publique » ([1978] Rec. 2514).

²⁶¹⁷ Décision 97/579 de la Commission du 23 juillet 1997, JOCE 1997, L 237/18.

²⁶¹⁸ E. SCHWARZENBRUNNER, *De quelques orientations communautaires en matière de politique alimentaire*, Revue européenne de droit de la consommation, 1998, 208-209.

sûreté alimentaire »²⁶¹⁹, il faut noter qu'elle s'est engagée à réexaminer « la distinction entre la consultation obligatoire des comités scientifiques et la consultation facultative, prévues dans la législation communautaire en vigueur »²⁶²⁰. Elle y est fortement encouragée par la jurisprudence de la Cour et par les nouvelles dispositions du traité²⁶²¹. La consécration qui est ainsi faite d'une obligation jurisprudentielle de consultation scientifique en dehors de toute disposition réglementaire ne peut qu'être approuvée. Elle appelle, à terme, la consécration d'un principe général du droit²⁶²², élevant, d'une part, l'obligation au rang de norme fondamentale, étendant, d'autre part, son champ d'application à tous les domaines de décision techniques et complexes.

B. Les limites de l'obligation jurisprudentielle de consultation scientifique

896. Mais avant de conclure à pareille consécration, il est juste de mentionner une jurisprudence concurrente beaucoup plus restrictive. Cette jurisprudence fait en effet apparaître une certaine répugnance à admettre, dans deux hypothèses, une telle obligation: la première limite est de nature organique, la seconde est matérielle.

1. Une limite organique

897. Il résulte, d'abord, d'un arrêt *Royaume-Uni/Conseil* du 23 février 1988 que le Conseil exerçant une fonction législative ne peut se voir imposer pareille obligation²⁶²³. On peut soutenir, il est vrai, que dans cette affaire il s'agissait de valider un choix effectué par la majorité des Etats membres et par les institutions communautaires au profit de la protection des consommateurs²⁶²⁴.

²⁶¹⁹ Art. 2 de la Décision 97/579 de la Commission du 23 juillet 1997, JOCE 1997, L 237/18.

²⁶²⁰ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 7. La Direction B de la Direction générale de la santé confirme dans son Rapport sur les avis scientifiques pour la santé que « l'expérience acquise en 1998 a également montré la nécessité d'envisager une extension de la consultation obligatoire des comités scientifiques aux domaines de la législation communautaire ayant une incidence sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire qui ne sont pas encore couverts par le système actuel. L'objectif serait d'assurer que toute action proposée repose sur un avis scientifique indépendant accessible à tous » (Internet, site DG XXIV, février 2000; nous soulignons). Le Livre Blanc sur la sécurité alimentaire confirme que la situation « devra être revue pour veiller à ce que l'ensemble de la législation en matière de sécurité alimentaire soit fondée sur des avis scientifiques indépendants appropriés » (Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 24).

²⁶²¹ Art. 95 § 3; Art. 174 § 3. S'ajoute à ces textes la Déclaration annexée au traité d'Amsterdam relative à l'évaluation de l'impact environnemental: « La Conférence note que la Commission s'engage à préparer des études évaluant l'impact sur l'environnement lorsqu'elle présente des dispositions susceptibles d'avoir des incidences significatives sur l'environnement ».

²⁶²² Il y aurait peut-être lieu de tracer ici un parallèle avec l'évolution du principe de transparence en droit communautaire.

²⁶²³ « ...il suffit de constater que, ainsi que le Conseil l'a justement relevé, l'article 8 de la directive 81/602 n'imposait une obligation qu'à la Commission, à laquelle il incombait de faire préparer le rapport [scientifique] et d'en tenir compte, le cas échéant dans ses propositions. Le Conseil n'était donc pas tenu de se référer à ces antécédents. Le grief doit donc être écarté. » (CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni/Conseil*, aff. 68/86, pts 34 et 35, Rec. 899-900).

²⁶²⁴ C'est le veto du Royaume-Uni qu'il s'agissait de contourner. La directive attaquée du Conseil 85/358, adoptée à la majorité qualifiée sur la base de l'article 43 CE (politique agricole commune), interdit l'importation en provenance des pays tiers d'animaux d'exploitation auxquels ont été administrées certaines substances hormonales. L'interdiction visait principalement les produits américains. Elle fut adoptée sur proposition de la Commission, laquelle était tenue par l'article 8 de la directive 81/602 concernant l'interdiction de certaines

Mais même en admettant qu'une telle position pût trouver sa légitimité dans l'état général de l'opinion européenne²⁶²⁵, l'exclusion de toute consultation scientifique sur la base du pouvoir discrétionnaire dévolu au Conseil demeurerait discutable²⁶²⁶. En effet, la consécration d'une telle règle pouvait s'avérer préjudiciable si on souhaitait l'exprimer sous une forme très générale. Il n'est pas vrai que la légitimité politique, si large soit-elle, forme toujours une politique éclairée.

a) La justification de la dispense

898. Une affaire *Fedesa* portant sur une directive 88/146 du Conseil confirme cette analyse. L'objet de cette affaire, portant sur l'utilisation de substances hormonales, est identique à celui de la directive litigieuse de l'affaire *Royaume-Uni/Conseil*. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur des questions préjudicielles posées par la High Court of Justice de Londres. Le moyen tiré du défaut de base scientifique était invoqué cette fois par des fabricants, des producteurs et des distributeurs de médicaments vétérinaires, lié au moyen tiré de la violation du principe de sécurité juridique de la manière suivante: « il a été soutenu, d'une part, que la directive était dépourvue de tout fondement scientifique justifiant les appréciations concernant la santé publique et les inquiétudes des consommateurs qui ont conduit à son adoption et, d'autre part, que la directive lésait la confiance légitime des opérateurs économiques qui pouvaient s'attendre que les substances en cause ne fussent pas interdites en l'absence de doute objectivement fondé quant à leur innocuité, leur efficacité et leur qualité »²⁶²⁷. A cet argument, la Cour devait répondre que:

substances hormonales de suivre l'évolution scientifique et de faire, le cas échéant, des propositions tenant compte de cette évolution. Sur la base d'un rapport du groupe scientifique mise en place, la Commission soumettait en juin 1984 une proposition de directive *autorisant* l'usage de certaines hormones naturelles. Devant l'opposition violente du Comité économique et social et du Parlement européen (Rapport d'audience, Rec. 858), la Commission fut conduite, sans convoquer le groupe scientifique, à présenter une nouvelle proposition en décembre 1985 *interdisant* l'utilisation de substances hormonales. C'est sur la base de cette proposition, fondée uniquement sur l'article 43 CE, que la directive 85/358 fut adoptée le 31 décembre 1985.

Dans cette affaire, le Royaume-Uni soutient que la directive aurait dû être fondée sur l'article 100 (rapprochement des législations) requérant l'unanimité et être mieux motivée pour tenir compte du rapport d'expertise. Or, comme l'indique l'avocat général Lenz, « il ressort des explications données au cours de la procédure que, eu égard à la réaction du Comité économique et social et du Parlement à la première proposition de la Commission de juin 1984, ce n'était plus, pour la Commission — ni par conséquent pour le Conseil —, la protection de la santé des consommateurs qui se situait au premier plan (problème ayant constitué la préoccupation principale du groupe scientifique), mais la prise en compte des intérêts des consommateurs en général (car il est apparu que, dans une large mesure, la viande provenant d'animaux traités aux hormones était refusée)... Or, l'accent étant mis sur cet aspect de l'action envisagée, il n'y aurait effectivement aucune raison de faire état de manière spécifique des problèmes de santé, sur lesquels l'attention semblait s'être principalement portée auparavant, et l'on ne peut donc certainement pas voir un défaut de motivation dans le fait que le Conseil n'a pas fait état dans le préambule de la directive attaquée des conclusions partielles — qui lui ont sans doute été communiquées par la Commission — auxquelles était parvenu le groupe scientifique » (§ 38, [1988] Rec. 882).

²⁶²⁵ Voir les Conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire *Fedesa*, [1990] I-4046, où il rappelle l'état hostile de l'opinion envers les viandes aux hormones. Mais il faut également rappeler le rôle important des groupes d'intérêt dans cette affaire: une légalisation des hormones pouvait faire craindre une baisse de la consommation et donc des conséquences négatives pour les agriculteurs d'origine communautaire.

²⁶²⁶ Voir pour un raisonnement semblable attribuant au Conseil la responsabilité politique de prendre en compte les réactions de l'opinion publique et de la société civile en matière sanitaire, TPICE, 1er décembre 1999, *Boehringer Sohn/Conseil*, aff. jtes T-125/96 et T-152/96, pt 87, nep.

²⁶²⁷ CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, pt 7, I-4061.

« il y a lieu de relever que, même si l'on devait admettre que, comme les requérants au principal le soutiennent, le principe de sécurité juridique implique que toute mesure prise par les institutions de la Communauté soit fondée sur une base rationnelle et objective, le contrôle du juge à cet égard doit se limiter, compte tenu du pouvoir discrétionnaire reconnu au Conseil dans la mise en œuvre de la politique agricole commune, à vérifier si la mesure en cause n'est pas entachée d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si l'autorité en question n'a pas manifestement dépassé les limites de son appréciation. »²⁶²⁸

Et par conséquent:

« A la lumière de ce qui précède, le grief tiré de l'existence de preuves scientifiques démontrant l'innocuité des cinq hormones en question ne peut être retenu. En effet, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner des mesures d'instruction pour vérifier l'exactitude de cette allégation, il suffit de relever que, en présence des divergences d'appréciation de la part des autorités nationales des Etats membres, divergences reflétées dans les différences des législations nationales existantes, le Conseil est resté dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en choisissant de retenir la solution consistant à interdire les hormones en question et de répondre ainsi aux soucis exprimés par le Parlement européen et le Comité économique et social ainsi que par les organisations de consommateurs. »²⁶²⁹

Cette jurisprudence date de 1990. Doit-on estimer qu'elle est remise en cause par les arrêts postérieurs *Angelopharm* et *Pharos*²⁶³⁰? Il est plus probable que le juge communautaire entend maintenir par cette jurisprudence une distinction dans le contrôle des actes du Conseil et ceux de la Commission. On voit le raisonnement qui peut justifier une telle discrimination: bien que l'expertise scientifique, en fournissant des raisons solides à l'appui de l'acte envisagé, apporte une source incontestable de légitimité à l'autorité de régulation, le Conseil, qui bénéficie déjà d'une forte légitimité politique, n'a nul besoin de cet apport. Au reste, cette légitimité est confirmée dans un domaine très sensible comme celui de la santé publique par l'appui de l'opinion publique.

899. Mais ce raisonnement tendant à justifier une dispense d'expertise est contestable. Qu'il faille reconnaître au législateur une grande marge de responsabilité politique qui doit être tenue hors du contrôle juridictionnel n'est pas niable. Mais s'il est juste que le poids de l'expertise soit limité, il ne saurait en aucun cas être supprimé, car « l'expertise elle-même ne peut être remplacée par de purs processus politiques »²⁶³¹. N'est-ce pas là d'ailleurs la signification du nouvel article 95 § 3 visant la Commission? Celle-ci a le devoir, non pas de se plier au progrès scientifique, mais de « tenir compte » de toute évolution basée sur des faits scientifiques²⁶³². Dans

²⁶²⁸ Ibid., pt 8, I-4061.

²⁶²⁹ Ibid., pt 9, I-4061.

²⁶³⁰ L'hypothèse est timidement formulée par V. HEYVAERT (*The changing role of science in environmental regulatory decision-making in the European Union*, RAE, 1999, 439).

²⁶³¹ Cf. W. VAN DEN DAELE, *op. cit.*, 337.

²⁶³² Pour une telle interprétation, E. VOS, *INSTITUTIONAL FRAMEWORKS OF COMMUNITY HEALTH AND SAFETY REGULATION. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 102.

ces conditions, le Conseil a le devoir d'examiner les considérations avancées sur cette base par la Commission.

b) Le principe de précaution

900. Pour expliquer cette différence de traitement, il n'est pas possible de recourir à la fiction d'une distinction de nature entre le pouvoir politique reconnu au Conseil et le pouvoir d'exécution technique de la Commission. La Commission dispose également, en ces matières, d'un large pouvoir d'appréciation. En témoignent deux arrêts de la Cour du 5 mai 1998 rendus dans « l'affaire de l'ESB ». Bien que les litiges en cause concernent des mesures de la Commission, la similitude avec « l'affaire des hormones » doit être relevée. Le premier arrêt voyait le Royaume-Uni s'opposer à une décision de la Commission relative à certaines mesures d'urgence adoptées en matière de protection contre l'ESB²⁶³³. Certes, dans l'examen de la proportionnalité des mesures attaquées, il faut tenir compte du pouvoir discrétionnaire reconnu au législateur communautaire²⁶³⁴. Et cette liberté d'action est encore plus grande lorsque « des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes »²⁶³⁵. Mais, précisément, avant d'agir, il est juste de rechercher si ces incertitudes sont justifiées par « les meilleurs avis techniques et scientifiques disponibles »²⁶³⁶. Le second arrêt était rendu sur question préjudicielle posée par la High Court of Justice de Londres saisie par des exploitants agricoles en Angleterre et au Pays de Galles²⁶³⁷. La Cour confirme pour droit qu'« il doit être admis que lorsque les incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »²⁶³⁸. Néanmoins, une telle action doit se fonder sur le principe de précaution tel qu'il résulte de l'article 174 § 2 [ex-130 R § 2]²⁶³⁹. Or cela implique pour « les institutions », *quelle qu'elle soit, et quelque soit le niveau de décision*²⁶⁴⁰, de prendre en compte les incertitudes scientifiques et les dangers établis par les rapports des comités scientifiques²⁶⁴¹.

²⁶³³ CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni/Conseil*, C-180/96, I-2265.

²⁶³⁴ Ibid., pt 97, I-2297.

²⁶³⁵ Ibid., pt 99, I-2298.

²⁶³⁶ Ibid., argument du Conseil, pt 42, I-2284; pt 105, I-2299; pt 61, I-2288; pt 66, I-2290.

²⁶³⁷ CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union e.a.*, C-157/96, I-2211.

²⁶³⁸ Ibid., pt 63, I-2259.

²⁶³⁹ Ibid., pt 64, I-2259. Dans le même sens, « le CES attache une importance particulière à l'application du principe de précaution, de telle sorte que soit adoptée, en l'absence de consensus scientifique et lorsqu'une évaluation exhaustive des risques est impossible, une approche de la gestion des risques qui tiennent compte de ces incertitudes » (Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, 2.2.1).

²⁶⁴⁰ Dans le même sens, TPICE, 16 juillet 1998, *Bergaderm et Goupil/Commission*, T-199/96, pts 63 à 68, II-2826.

²⁶⁴¹ CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union e.a.*, C-157/96, pts 65-69, I-2260. En ce sens, L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRLING & C. JACQUET, *Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé*, RMUE, 1999/1, 79-128. Reste, question politique, à déterminer le contenu des actions à entreprendre à partir de là. Or, celles-ci peuvent être très divergentes, selon qu'on privilégie l'action ou l'abstention et selon l'intensité de l'action envisagée. Sur les diverses significations du principe de précaution, O. GODARD, *De l'usage du principe de précaution en univers controversé*, Futuribles, février-mars 1999, 37-60.

901. Sur la base du principe de précaution, la Commission doit « être capable d'attribuer la responsabilité de produire les preuves scientifiques pour permettre une évaluation plus complète du risque »²⁶⁴². Comme le souligne O. Godard, « en univers controversé, la communauté scientifique en sait assez pour formuler des éventualités, pour envisager des cours possibles d'évolution, mais n'en sait pas assez pour donner une représentation stabilisée et empiriquement contrôlée des phénomènes, de leurs causes et de leurs conséquences »²⁶⁴³; l'expertise ne vise pas directement la vérité, mais une construction des faits; en ce sens, elle ouvre droit à une *controverse* non seulement scientifique *mais* sociale.

2. Une limite matérielle

902. A cette première réserve, il faut ajouter que ce principe, valable dans les procédures où l'objet concerne la santé publique et l'environnement, fléchit par exemple en matière de politique sociale. Dans un recours en annulation intenté contre la directive 93/104/CE du Conseil relatif à l'aménagement de certains aspects du temps de travail, le Royaume-Uni invoquait notamment l'absence de consultation du comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé au travail, en s'appuyant sur la jurisprudence *Angelopharm*, et une motivation insuffisante qui ne ferait pas apparaître les justifications scientifiques des mesures adoptées²⁶⁴⁴. Fallait-il suivre le Royaume-Uni jusqu'à l'affirmation suivant laquelle « de même que dans la conception de Montesquieu le juge n'est que la bouche de la loi, le législateur ne serait que la bouche du savant... »²⁶⁴⁵? Certes, il n'est pas exclu que l'action communautaire s'inspire de consultations et de données scientifiques; cependant, d'une part, la consultation de ce comité, étant placé auprès de la Commission pour l'aider dans sa fonction d'exécution, ne peut être considérée comme « une étape préalable à l'activité législative du Conseil » mais, surtout, « les études scientifiques ne sauraient constituer la seule source d'inspiration du législateur communautaire et on ne saurait en conséquence, *en particulier en matière de politique sociale*, reprocher à un acte de ne pas faire mention, pour chacune des dispositions qu'il prévoit, de justifications scientifiquement démontrées »²⁶⁴⁶. Tel est, selon la Cour, l'argument déterminant: « l'action législative de la Communauté, notamment en matière de politique sociale, ne saurait être limitée aux seules hypothèses comportant des justifications scientifiquement démontrées », car « l'article 118 A n'exige pas que des preuves scientifiques soient produites pour chaque mesure adoptée sur le fondement de cette disposition »²⁶⁴⁷. Cette restriction montre que la Cour reste attachée au traité. Cette réserve est louable; mais elle est critiquable dans la mesure où cette affaire concerne un domaine de la régulation du risque, la protection de la santé au travail.

²⁶⁴² Commission des C.E., *Communication sur le recours au principe de précaution*, COM(2000) 1 final, 3; v. également G. MARTIN, *Précaution et évolution du droit*, Dalloz, Chron., 1995, 299-306.

²⁶⁴³ O. GODARD, *op. cit.*, 39-40.

²⁶⁴⁴ CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni/Conseil*, C-84/94, I-5755.

²⁶⁴⁵ Ibid., Conclusions de l'avocat général Léger, § 165, I-5791.

²⁶⁴⁶ Ibid., §§ 156 et 167, I-5789-5791 (nous soulignons).

²⁶⁴⁷ Ibid., pts 39 et 79, I-5806-5816.

903. Il reste qu'une obligation générale de consultation scientifique est désormais envisageable²⁶⁴⁸. On est en droit de la ranger parmi les formalités substantielles relevant de l'article 253 du traité CE²⁶⁴⁹. Mais, sous peine de demeurer sans effet, cette obligation générale doit être complétée par des garanties concrètes.

§ II. LES GARANTIES DU CONTRADICTOIRE

904. Que le droit de la régulation sociale soit fondé à prendre en compte des preuves scientifiques, cela ne paraît plus douteux. Maintenant, il revient au juriste de demander à la science de rendre des comptes et de faire ses preuves. La preuve juridique est une connaissance relevant d'un ordre tout différent d'un savoir scientifique et spécialisé. Les garanties juridiques de la preuve ne doivent pas être confondues avec les procédures de vérification des hypothèses scientifiques²⁶⁵⁰.

905. D'une part, le droit confronté à l'incertain et au complexe, se doit d'intégrer une part de rationalité scientifique « comme une garantie d'efficacité et de fiabilité »; mais, d'autre part, le droit ne peut se dessaisir de sa propre rationalité et doit faire valoir ses propres titres à la légitimité « en mettant en lumière ses virtualités intrinsèques au sein du dialogue entre la raison et le jugement »²⁶⁵¹. Non pas qu'il y ait quelque chose de tel comme une « légitimité juridique » donnée: il y a plutôt une procédure capable de réunir et de confronter les faits, les valeurs et les personnes intéressés²⁶⁵².

En la matière, la jurisprudence communautaire offre quelques indications utiles (A). Mais c'est à un changement radical de méthode que les exigences de la procédure contradictoire doivent nous entraîner (B).

A. Le contrôle juridique de l'expertise

²⁶⁴⁸ Sur les conséquences de la diligence scientifique de la Commission, en fonction des « données disponibles », en matière d'engagement de la responsabilité extracontractuelle, à la suite de l'affaire de l'ESB, voy. cependant TPICE, 20 septembre 1998, *Codiretti e.a./Conseil et Commission*, T-149/96, II-3841.

²⁶⁴⁹ Suivant la jurisprudence *Technische Universität München*, un exposé insuffisant des raisons scientifiques fondant la décision attaquée constitue une violation de l'obligation de motivation (CJCE, 21 novembre 1991, C-269/90, pt 27, I-5502).

²⁶⁵⁰ « science emphasizes progress, whereas the law emphasizes process » (S. JASANOFF, *SCIENCE AT THE BAR. Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995, 7 et ss.).

²⁶⁵¹ E. NAIM-GESBERT, *LES DIMENSIONS SCIENTIFIQUES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-Vubpress, Bruxelles, 1999, 417; 418 (not. 418-489).

²⁶⁵² F. OST plaide dans ce sens pour « l'imposition à ce domaine [l'expertise scientifique], comme à n'importe quel autre qu'aborde le droit, des valeurs et des garanties qu'il lui appartient de promouvoir : le respect des procédures et de la règle établie, la publicité et la transparence des décisions, le souci du contradictoire qui permet à chaque partie concernée de faire valoir ses arguments. Il faut se garder de toute forme de scientisme qui consisterait à prêter à l'expert une forme ou l'autre d'omniscience et de rigoureuse impartialité. Technicien du conflit, toujours conscient de la diversité des intérêts en présence, de leur opposition virtuelle, le juriste ne manquera pas de demander, par exemple: "Qui a nommé l'expert?", "Pour le compte de qui travaille-t-il?" » (*LA NATURE HORS LA LOI. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris, 1995, 102).

906. Quel en est le principe? Quelle en est la portée? Ce sont les deux questions préalables auxquelles il convient de répondre.

1. Le contrôle des décisions fondées sur l'expertise

907. Les décisions de la Commission rendues sur avis des commissions médicales dans le droit de la fonction publique fournissent le terrain privilégié des jugements d'expertise²⁶⁵³. Bien qu'elles aient l'apparence de l'application stricte d'un savoir médical spécialisé, ces décisions résultent, selon la Cour, d'une appréciation discrétionnaire. A ce titre, elles entrent dans le champ du « pouvoir discrétionnaire technique ». Le principe est que l'examen du juge « ne saurait s'étendre aux appréciations médicales proprement dites ». Encore faut-il que ces appréciations soient intervenues « dans des conditions régulières »²⁶⁵⁴. Il est remarquable que le « contrôle limité » porte sur « les questions relatives à la commission et au fonctionnement des commissions médicales »²⁶⁵⁵; à savoir « l'organisation de la procédure et le soin mis par les dispositions citées à garantir l'équilibre et l'objectivité des commissions médicales »²⁶⁵⁶ ainsi que leur « indépendance »²⁶⁵⁷. En général, cependant, il s'agit d'un contrôle formel: ces principes semblent suffisamment garantis par les dispositions prévues par le statut des fonctionnaires²⁶⁵⁸.

908. A partir des mêmes prémisses, la protection procédurale dans la procédure d'expertise marque un progrès sensible avec la jurisprudence *Technische Universität München*²⁶⁵⁹. Il ne suffit pas de s'assurer de la consultation du groupe d'experts régulièrement constitué²⁶⁶⁰; il faut en contrôler la procédure. La procédure prévue par le règlement n° 2784/79 qui organise, sous certaines conditions, l'importation à l'intérieur de la Communauté de matériel scientifique exempté de droits de douane prévoit la consultation d'un groupe d'experts pour avis. Il s'agit d'une mesure d'instruction normalement requise dans un domaine technique nécessitant des évaluations complexes, dont le but est de permettre à l'autorité administrative de compléter son information afin de prendre une décision en toute connaissance de cause²⁶⁶¹. La doctrine du droit administratif français souligne que le principe d'une telle consultation est que l'autorité consultante conserve la pleine liberté et l'entière responsabilité de la décision finale²⁶⁶². Telle est

²⁶⁵³ De manière générale, D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 260-263.

²⁶⁵⁴ CJCE, 21 mai 1981, *Morbelli/Commission*, aff. 156/80, pt 20, Rec. 1374.

²⁶⁵⁵ CJCE, 29 novembre 1984, *Suss/Commission*, aff. 265/83, pt 11, Rec. 4041.

²⁶⁵⁶ CJCE, 21 mai 1981, *Morbelli/Commission*, aff. 156/80, pt 19, Rec. 1374 (nous soulignons).

²⁶⁵⁷ CJCE, 29 novembre 1984, *Suss/Commission*, aff. 265/83, pt 13, Rec. 4042 (nous soulignons).

²⁶⁵⁸ Ces dispositions assurent à tout fonctionnaire un double examen par les deux médecins désignés par les deux parties et par un troisième médecin, dont la neutralité est garantie par l'exigence d'un commun accord des deux premiers ou, à défaut d'accord, par la désignation par le président de la Cour.

²⁶⁵⁹ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, I-5469.

²⁶⁶⁰ Comp. avec le droit fédéral américain, S. JASANOFF, *SCIENCE AT THE BAR. Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995, 76-77.

²⁶⁶¹ L'avocat général Verloren Van Themaat note dans une affaire similaire que « la raison d'être de la procédure de consultation prévue réside notamment dans le fait que ni les administrations nationales ni la Commission ne sont pas toujours au courant de la fabrication d'instruments ou d'appareils de même valeur scientifiques dans un des Etats membres » (Conclusions présentées le 30 mai 1984 (aff. 185/83), [1984] Rec. 3649).

²⁶⁶² Cf. Y. WEBER, *La fonction consultative et le droit*, in *LA CONSULTATION DANS L'ADMINISTRATION CONTEMPORAINE*, Cujas, Paris, 1972, 110-129.

également la solution du droit communautaire. *De jure*, la Commission ne saurait se considérer comme liée par l'avis. Mais la nature même de la consultation d'expertise donne à l'avis une force contraignante *de facto*²⁶⁶³. Faisant preuve de "réalisme procédural", la Cour déclare en conséquence:

« la Commission a admis qu'elle a toujours suivi les avis du groupe d'experts, faute pour elle de disposer d'autres sources d'information sur les appareils considérés. »²⁶⁶⁴

C'est reconnaître que la force contraignante ne réside plus tant dans la formulation juridique de la décision finale, mais bien plutôt dans les conditions de son élaboration. Dès lors, le contrôle doit porter essentiellement sur les garanties de procédure dans l'expertise.

2. Les garanties protégées

909. De ce que l'action administrative « s'isole dans l'arène de l'expertise », il ne s'ensuit pas l'absence de toute garantie. Deux garanties essentielles sont posées par cette jurisprudence.

a) Le principe d'une responsabilité procédurale

910. En théorie, la distinction procédurale des pouvoirs est très nette: l'expert ne dispose ni de la *juris-dictio* ni de l'*imperium*²⁶⁶⁵. En réalité, la jurisprudence reconnaît que l'expert possède *de facto* le pouvoir de *juris-dictio*. Dès lors, seul l'*imperium* — « ce qui caractérise l'autorité publique », selon M.-A. Frison-Roche²⁶⁶⁶ — demeure sous la responsabilité de l'organe consultant. La Commission, si elle n'a pas le savoir, conserve le pouvoir de contrôle: l'autorité et la responsabilité de la décision finale. Le groupe d'experts se détache formellement de la Commission, mais il exerce son action sous son contrôle. Or, en l'espèce,

« ni le procès-verbal de la réunion du groupe d'experts ni les débats devant la Cour n'ont établi que les membres de ce groupe possédaient eux-mêmes des connaissances nécessaires dans les domaines de la chimie, de la biologie et des sciences géographiques ou qu'ils ont cherché conseil auprès d'experts en ces matières afin de pouvoir se prononcer sur les problèmes techniques qui se posent dans l'examen de l'équivalence des appareils scientifiques. »²⁶⁶⁷

²⁶⁶³ Voy., en général, J. BOUDANT, *Les institutions communautaires face à la crise. Le recours des comités d'experts ou la perversion de la décision communautaire*, Revue de droit rural, 1997, 207-213.

²⁶⁶⁴ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, pt 21, I-5500.

²⁶⁶⁵ Distinction utilement opérée par M.-A. FRISON-ROCHE dans le cadre du procès, *La procédure de l'expertise*, in *L'EXPERTISE*, M.-A. Frison-Roche & D. Mazeaud (coord.), Dalloz, Paris, 1995, 87-103.

²⁶⁶⁶ Ibid., 103.

²⁶⁶⁷ Au point 22, la Cour s'en tient à une motivation concise pour des raisons de politique juridique. L'avocat général est plus éloquent dans ses conclusions et recherche si les qualités des membres, la nature de la délibération, les méthodes de travail, l'administration de la preuve ont respecté l'exigence élémentaire d'impartialité. Il ne lui est pas difficile de découvrir que « le principal élément de preuve sur la base duquel le comité a pu conclure que les instruments néerlandais et japonais étaient de valeur scientifique équivalente était un rapport établi par le fabricant de l'instrument néerlandais », la société Philips! (§ 36). N'est pas critiquable le principe d'une consultation des milieux économiques intéressés, c'est-à-dire des fabricants communautaires, d'ailleurs expressément prévu par le règlement 2784/79, mais le fait qu'« une importance prépondérante soit

La Cour en conclut que « la Commission a violé son obligation d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce ». On notera la balance qui soutient le raisonnement de la Cour: ce que la Commission perd techniquement dans la "délégation" de pouvoir qu'elle consent à l'expertise, elle doit le regagner par la responsabilité juridique qu'elle assume en tant que gardienne de l'impartialité de la procédure. On reconnaît là la formulation d'un principe d'"imputabilité" procédurale. Sans doute ce principe a-t-il un prix:

« La Commission souligne que, dans des affaires portant sur des questions techniques, la volonté d'aboutir à une instruction exhaustive à tous les égards de l'ensemble des faits importants d'un dossier peut exiger de telles dépenses de temps et d'argent qu'elle entraîne un retard contestable dans la prise de décision. »²⁶⁶⁸

Mais c'est le prix à payer pour éviter de voir les commissions d'experts, et l'action administrative en général, "colonisées" par certains intérêts particuliers.

911. Inestimable serait la consécration d'un tel principe en droit communautaire. Il devrait pouvoir s'imposer dans l'ensemble des procédures complexes d'expertise scientifique ou technique. Ainsi l'autorité publique de décision doit conserver un droit de regard sur l'impartialité mais aussi sur le respect du contradictoire au sein de la procédure d'évaluation, à quelque niveau qu'elle se déroule. Valable à l'égard de tous les comités, scientifiques ou politiques, ce principe a naturellement vocation à régir les procédures menées sous l'égide des organes techniques de la normalisation ou des opérateurs-évaluateurs indépendants²⁶⁶⁹.

b) Une obligation étendue de motivation

912. Que l'autorité de décision soit elle-même obligée de procéder à une instruction exhaustive des faits de l'espèce est une chose; une autre est qu'elle les résultats de cette instruction soient communiqués à l'intéressé. Ceci implique pour l'organe administratif de mentionner les *circonstances de fait* et les *raisons scientifiques* sur lesquelles repose son appréciation, exigence qui ressortit à l'obligation de motivation. En l'espèce, « l'insuffisance de la motivation aurait pu être compensée si les informations recueillies auprès des Etats membres

attachée au point de vue du fabricant ayant un intérêt aussi évident à l'issue de la procédure » (§ 37). La présence privilégiée de cette entreprise, auprès des services de la Commission, est d'ailleurs attestée (Cf. A.M. McLAUGHLIN & J. GREENWOOD, *The Management of Interest Representation in the European Union*, JCMS, 1995, 150).

²⁶⁶⁸ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, Rapport d'audience, I-5475, pt 2; plus loin, elle ajoute que « l'établissement d'expertises coûteuses est sans rapport avec le montant des droits de douane de l'appareil importé » (Rapport d'audience, I-5477).

²⁶⁶⁹ En ce sens, en matière de labellisation écologique, G. MARTIN, *Le recours aux instruments économiques dans la mise en œuvre des politiques de protection de l'environnement*, in *LES POLITIQUES COMMUNAUTAIRES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET DE L'ENVIRONNEMENT*, C. Kye (ed.), Story-Scientia, Bruxelles, 1995, 167-185; à l'égard des comités techniques en matière de normalisation, I. VACARIE & A. SUPLOT, *Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques)*, Droit social, 1993, 18-28.

(c'est-à-dire le rapport produit par Philips)²⁶⁷⁰ avaient été communiquées à l'université, qui aurait alors connu les raisons scientifiques pour lesquelles sa demande d'admission en franchise a été refusée »²⁶⁷¹. Mais il n'en fut rien. La décision appelle donc la censure du juge communautaire sur ce point également:

« S'agissant du cas d'espèce, il convient de constater que la décision de la Commission ne contient pas un exposé suffisant des *raisons scientifiques* susceptibles de justifier la conclusion selon laquelle l'appareil fabriqué dans la Communauté est équivalent à l'appareil importé. En effet, la décision se limite à reproduire les termes d'une des décisions antérieures de la Commission, en l'occurrence la décision 82/86/CEE du 23 décembre 1981 (JO 1982, L 41, p. 53). *La partie intéressée se trouve donc dans l'impossibilité de vérifier si la décision est entachée d'une erreur d'appréciation.* Celle-ci ne satisfait dès lors pas aux exigences posées par l'article 190 du traité. »²⁶⁷²

Une telle conception est remarquable, car elle comprend la motivation d'abord comme un moyen de contrôle à la disposition de la partie intéressée, et non comme un simple moyen de contrôle du juge. La Cour rompt ainsi avec une formulation constante affirmant le primat du contrôle juridictionnel. La conséquence en est indéniablement d'élever le standard de protection.

c) Les incertitudes

913. Dès lors la protection procédurale de l'expertise semble accomplie. Deux incertitudes subsistent cependant. La première concerne la nature des procédures en cause. On sait que la jurisprudence communautaire refuse d'appliquer aux procédures normatives et législatives la protection procédurale développée dans le cadre des procédures individuelles. Dans une affaire *Bergaderm et Goupil/Commission*, le Tribunal a eu l'occasion d'appliquer cette jurisprudence à l'expertise, rejetant, sur ce fondement, la protection du contradictoire²⁶⁷³. Nous verrons par la suite que cet obstacle n'est pas insurmontable. Dans cette affaire, le Tribunal a d'ailleurs reconnu qu'« il ressort des faits que les requérants ont amplement exposé leur point de vue aux membres du comité scientifique et à la Commission et qu'ils ont pu le présenter oralement devant le groupe ad hoc d'experts »²⁶⁷⁴.

914. La seconde incertitude concerne précisément la reconnaissance du droit d'être entendu. On sait que l'affaire *Technische* a été l'occasion pour la Cour d'étendre ce droit aux procédures non répressives. Mais devant quelle instance peut-il être exercé? La Cour s'en tient à une formulation très vague en jugeant que la partie intéressée doit être en mesure de prendre position

²⁶⁷⁰ L'exposé des motifs de la décision rendue par la Commission énonce que la décision a été prise « sur la base des informations recueillies auprès des Etats membres ». Un rapport avait en effet été établi par le fabricant néerlandais Philips et communiqué au comité d'experts devant juger de l'équivalence de l'instrument Philips et de l'instrument japonais.

²⁶⁷¹ Conclusions de l'avocat général Jacobs, § 47, [1991] I-5493.

²⁶⁷² Ibid., pt 27, I-5502 (nous soulignons).

²⁶⁷³ TPICE, 16 juillet 1998, *Bergaderm et Goupil/Commission*, T-199/96, pts 58 à 60, II-2824-2825.

²⁶⁷⁴ Ibid., pt 60, II-2825.

« au cours même de la procédure qui se déroule devant la Commission »²⁶⁷⁵. Comment expliquer cette réticence? En droit, l'avis de l'expert ne fait pas grief. Formellement, il ne possède pas de pouvoir normatif. Appliquer le principe du contradictoire à l'expertise serait par conséquent reconnaître le transfert du pouvoir normatif de l'autorité de décision et de jugement à l'expert²⁶⁷⁶. Ne serait-ce pas la négation même de la séparation des responsabilités scientifiques et politiques, dont le principe a été affirmé par la Commission?

B. Une procédure équitable

915. Malgré ces limites, la Cour a montré dans cette jurisprudence qu'elle conteste la distinction classique et rigide entre les faits et les valeurs. Au lieu d'une distinction des responsabilités entre les experts qui « informent » et les autorités politiques qui « décident », la Cour propose de rendre conjointement responsables la Commission et le groupe d'experts. Cette approche plus réaliste est aussi la plus équitable.

1. La construction des faits et la réception des valeurs

916. Le fait, loin d'être incontestable, est incertain; loin d'être donné, il est construit et, en ce sens, contradictoire. Les valeurs ne sont pas à la traînée des faits, immédiatement à la portée du décideur; elles doivent être délibérées et justifiées. Faire entrer le droit dans l'expertise, ce n'est certes pas se contenter d'une « communication du risque », c'est redonner ces droits à la confrontation. Il s'agit de réintroduire, à la source de la compétence et de la construction des faits, le dialogue contradictoire. Cela ne signifie pas que l'autorité de l'administration et la compétence de l'expert soient niées. Mais il s'agit de poser une « inséparabilité de principe entre “qualité démocratique” du processus de décision et “qualité rationnelle” de la controverse experte »²⁶⁷⁷.

917. En ce sens, il ne s'agit pas tant d'ajouter de nouvelles garanties que d'instaurer une nouvelle dynamique procédurale. Suivant la distinction classique sur laquelle repose l'approche de la Commission, la vérité du jugement d'expertise demeure l'essentiel. Le fait d'élaborer la norme en commun est secondaire. Ainsi distingue-t-on deux étapes. En premier lieu, les faits sont établis par les experts et intégrés dans une solution rationnelle et consensuelle, qui ne souffre plus réellement de discussion. On s'explique ainsi le statut ambigu du jugement d'expertise, à la fois simple avis et décision contraignante. En second lieu, les valeurs sont débattues par l'ensemble des parties concernées, dans la phase « interactive » de communication des risques²⁶⁷⁸, puis

²⁶⁷⁵ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, pt 25, I-5501. Ainsi que le rappelle le juge rapporteur, il existe une jurisprudence surabondante de la Cour suivant laquelle la partie intéressée n'a pas le droit d'être entendue devant les comités d'experts (§ 5, I-5478). Dans une affaire similaire, le Tribunal de première instance saura étendre l'exigence du droit d'être entendu devant l'administration nationale, mais l'incertitude concernant l'exercice de ce droit devant le même groupe d'experts ne sera pas levée (TPICE, 9 novembre 1995, *France-Aviation/Commission*, T-346/94, pt 36, II-2841).

²⁶⁷⁶ En ce sens, en droit judiciaire, M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, 93.

²⁶⁷⁷ I. STENGERS, *L'INVENTION DES SCIENCES MODERNES*, La Découverte, Paris, 1993, 180 et ss.

²⁶⁷⁸ Commission des C.E., *Livre Blanc sur la sécurité alimentaire*, COM(1999), 719 final, § 95, § 51.

établies par la Commission, qui opère un arbitrage et prend la décision. On s'explique ainsi le statut ambigu de la Commission, à la fois organe technique et organe politique.

Suivant une nouvelle dynamique qui exige le « lent respect des procédures »²⁶⁷⁹, l'exigence du contradictoire régit la procédure dès le début.

2. L'expertise contradictoire

918. Le contradictoire revêt une double dimension: à la fois interne et externe.

a) Le pluralisme interne

919. Le contradictoire dans l'expertise signifie d'abord le pluralisme dans l'établissement scientifique des faits. Que tout avis scientifique comporte des éléments de jugement subjectifs, c'est incontestable, puisqu'il est fondé sur des théories scientifiques par définition révisables et applicable à des cas par nature incertains²⁶⁸⁰. Il n'est pas d'évaluation scientifique purement factuelle et objective, sauf sous une forme mythique²⁶⁸¹. Force est donc bien de rejeter, du point de vue juridique, dans la « contestabilité » ce qui s'annonçait d'abord, du point de vue scientifique et surtout administratif, comme incontestable²⁶⁸². Dans l'ordre du droit international de l'environnement, E. Naim-Gesbert souligne la nécessité de mettre en place des procédures de contre-expertise, prenant en compte les opinions divergentes ou dissidentes²⁶⁸³. Le droit communautaire n'ignore pas ce genre de procédures. Néanmoins, elles demeurent d'application réduite. La Directive 85/337 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement prévoit seulement que le maître d'ouvrage fournit « une esquisse des solutions de substitution qui ont été examinées par le maître d'ouvrage et une indication des principales raisons de son choix, eu égard aux effets sur l'environnement »²⁶⁸⁴. Dans le domaine de la santé, la Commission prévoit que « le procès-verbal des réunions des comités scientifiques, y compris les opinions minoritaires, doit être rendu public », mais elle précise que « les opinions

²⁶⁷⁹ B. LATOUR, *POLITIQUES DE LA NATURE. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, La Découverte, Paris, 1999, 174.

²⁶⁸⁰ K.R. POPPER, *LA LOGIQUE DE LA DECOUVERTE SCIENTIFIQUE*, trad. de l'anglais par N. Thyssen-Rutten & P. Devaux, Payot, Paris, 1982.

²⁶⁸¹ Cf. S. JASANOFF, *op. cit.*, 206 et ss.

²⁶⁸² Cf. M.D. BAYLES, *PROCEDURAL JUSTICE. Allocating to Individuals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1990, 175-177.

²⁶⁸³ E. NAIM-GESBERT, *LES DIMENSIONS SCIENTIFIQUES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-Vubpress, Bruxelles, 1999, 645-647.

²⁶⁸⁴ Annexe IV de la Directive 97/11 du Conseil du 3 mars 1997 modifiant la directive 85/337 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOCE 1997, L 73/5. Il faut noter que le Comité économique et social, dans l'examen de la proposition de directive de 1985, présumait que « l'obligation pour le maître de l'ouvrage de présenter toutes les solutions alternatives au projet vise à la fois le site d'implantation et les procédés de fabrication » (Avis sur la proposition de directive concernant l'évaluation des incidences sur l'environnement de certains ouvrages publics et privés, JOCE 1985, C 185/8).

minoritaires ne doivent être attribuées aux membres des comités qu'à la demande de leurs auteurs »²⁶⁸⁵.

920. Ce serait ici le lieu de suggérer aux experts d'organiser entre eux la confrontation. P. Roqueplo propose en ce sens l'institutionnalisation d'une véritable plaidoirie contradictoire interne à l'expertise²⁶⁸⁶. En ce cas, par exemple, le rapporteur désigné dans tous les comités scientifiques sanitaires deviendrait une sorte de tiers, institution proche du « conseiller-auditeur » de la DG IV. Une telle procédure aurait l'avantage de présenter une pluralité de points de vue dès le premier stade de l'expertise. Il reste qu'elle heurte la pratique actuelle des commissions, comités et groupes de travail scientifiques, « qui s'organise bien souvent autour d'une dialectique de compromis/persuasion entre les rapporteurs de dossiers et le président de la commission »²⁶⁸⁷.

b) Le droit d'être entendu

921. Parce que le droit enseigne qu'un fait n'est jamais brut, mais construit, on doit admettre un véritable « droit à l'expertise contradictoire »²⁶⁸⁸. Le droit d'être entendu mérite d'être consacré dès le stade de l'expertise scientifique ou technique, accueilli suivant son acception la plus large possible comprenant à la fois droit à l'information et droit à l'expression. Cette nécessité a deux raisons principales. D'abord « se défendre après l'expertise, c'est souvent se défendre trop tard »²⁶⁸⁹. Il faut donc faire preuve de réalisme procédural. Mais il importe surtout que la discussion des résultats de l'expertise précède l'élaboration d'un consensus ayant *de facto* force décisive. Ce qui compte avant tout est de préserver la construction dialectique des faits : telle est l'exigence d'équité.

922. Il convient donc de garantir l'application à toute personne du droit effectif « à l'expertise équitable »²⁶⁹⁰. C'est en ouvrant l'expertise au contradictoire qu'on la rend « autonome », et non plus « accessoire ». Comme en matière économique, l'application de ce droit suppose non seulement un respect renforcé du contradictoire²⁶⁹¹ mais aussi un droit à l'assistance langagière²⁶⁹² et financière²⁶⁹³.

²⁶⁸⁵ Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 16; Article 10 de la Décision 97/579 de la Commission du 23 juillet 1997 instituant des comités scientifiques dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire, JOCE 1997, L 237/18. A titre d'exemple, voir également art. 8 § 3 de la Décision 95/320 de la Commission du 12 juillet 1995 relative à la création d'un comité scientifique en matière de limites d'exposition professionnelle à des agents chimiques, JOCE 1995, L 188/14. Voir cependant Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, II. 2.1.1.: « le public devra avoir accès aux discussions et aux conclusions de ces comités, ainsi qu'aux opinions divergentes minoritaires ».

²⁶⁸⁶ P. ROQUEPLO, *ENTRE SAVOIR ET DECISION, L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE*, Ed. INRA, Paris, 1997, 59-60. Dans le même sens, O. GODARD, *De l'usage du principe de précaution en univers controversé*, Futuribles, février-mars 1999, 52.

²⁶⁸⁷ M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, 91-92.

²⁶⁸⁸ E. NAIM-GESBERT, *op. cit.*, 648-649.

²⁶⁸⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, 93.

²⁶⁹⁰ Cf. J.-P. MARGUENAUD, *Le droit à « l'expertise équitable »*, Dalloz, Chron., 2000, 111-115.

²⁶⁹¹ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre à ce titre un modèle intéressant. Ainsi dans l'arrêt *Mantovanelli/France* du 18 mars 1997, la Cour a jugé que la seule possibilité de contester le rapport d'expertise médicale devant le tribunal et non au cours du processus même d'élaboration de l'expertise ne permet

923. Dans cette perspective, la procédure d'expertise se place entre « l'analyse de risque » et la procédure judiciaire. Elle admet la nécessité de substituer aux solutions traditionnelles de la démocratie représentative l'analyse de risque et le contrôle-qualité, qui privilégie la compétence et la coordination administrative. Mais elle n'oublie pas les exigences fondamentales du contradictoire. Du point de vue juridique, la distinction des faits et des valeurs n'a rien de naturelle. A cette distinction, le droit substitue une tension entre la construction des faits et la réception des valeurs²⁶⁹⁴. Dès lors, la frontière entre les deux pôles ne passe plus entre expertise scientifique et décision politique, mais à l'intérieur de chacune d'elles.

pas une mise en œuvre efficace du contradictoire (pt 36; obs. PEREZ, *Gaz. Pal.*, 24-15 octobre 1997, 83; MARGUENAUD, *RTDC*, 1997, 1007). Il faut encore remarquer que le règlement d'application 2868/95 sur la marque communautaire prévoit une possibilité de récuser un expert (Règle 58, JOCE 1995, L 303/1).

²⁶⁹² J.-P. MARGUENAUD insiste à bon droit sur l'importance d'une assistance technique capable de traduire le langage spécialisé de l'expert en langage courant (*op. cit.*, 115). Il s'agit en fait d'une simple transposition du « droit à l'assistance juridique » consacré en droit de la concurrence. En ce sens également, R. ROMI insiste sur « l'opacité de la science contre la transparence » au sein du droit de l'environnement (*DROIT ET ADMINISTRATION DE L'ENVIRONNEMENT*, Montchrestien, Paris, 3ème éd., 1999, 22).

²⁶⁹³ En ce sens, K.S. SHRADER-FRECHETTE, *RISK AND RATIONALITY. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, University of California Press, Berkeley, 1991.

²⁶⁹⁴ J. Habermas généralise cette tension en opposant la « factualité » à la « validité ». Bien que théorique, cette opposition constitue le fonds commun et implicite de toute pratique juridique. La norme a un double rapport « d'une part à la factualité de la valeur sociale évaluée en fonction de l'obéissance moyenne aux normes, et, de l'autre, à la légitimité de la prétention à la reconnaissance normative » (J. HABERMAS, *DROIT ET DEMOCRATIE. Entre faits et normes* (trad. par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Gallimard, Paris, 1997, 44).

LES PROCEDURES DE PARTICIPATION

924. La régulation sociale est essentiellement procédurale. La participation est au cœur des changements qui ont vu naître un nouveau système administratif de contrôle du risque. La participation administrative a certes une longue histoire. Mais elle ne s'inspire plus aujourd'hui des principes classiques de la protection individuelle, qui a son origine dans le procès²⁶⁹⁵, ou de la représentation démocratique, importée dans le domaine de la négociation sociale²⁶⁹⁶. Le dialogue succède à la protection et à la représentation, « *un dialogue transparent et permanent avec tous les groupes concernés sur les problèmes complexes qui se posent et impliquent des aspects éthiques, sociaux et économiques* »²⁶⁹⁷. Aux Etats-Unis, où l'introduction de la régulation sociale remonte à la fin des années soixante, un concept majeur a été introduit par la littérature spécialisée pour caractériser ce nouvel âge de la participation: celui de « *délibération* » ou d'« *administration délibérative* »²⁶⁹⁸. L'administration du risque ne peut se contenter de s'appuyer sur l'expertise scientifique. En contexte d'incertitude, elle a besoin de la délibération pour obtenir des informations et anticiper les réactions²⁶⁹⁹.

925. Le projet de cette partie est d'abord pratique. Elle se donne pour tâche de classer les formes et de décrire les modalités de la participation prévues par la régulation sociale communautaire. La Commission contribue elle-même à éclairer et à réorganiser ses pratiques d'ouverture d'une manière cohérente. Elle a ainsi proposé des principes et un cadre communs. C'est en les analysant que nous nous heurterons aux limites et au paradoxe fondamental de ce système, qui fait de *l'ouverture* un principe et le vecteur d'une *exclusion* (I). En remontant ainsi à la source de toutes ces procédures, l'enjeu est de savoir si de nouvelles formes de participation peuvent être proposées. L'entreprise est téméraire, mais elle peut s'appuyer sur une jurisprudence audacieuse. L'hypothèse sous-jacente est que la notion du contradictoire peut être utile à la définition d'un nouvel équilibre institutionnel fondé sur la participation de tous les intéressés (II).

SECTION I. LE DEVELOPPEMENT DU « DIALOGUE CIVIL »

²⁶⁹⁵ E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, Rivista trimestriale di diritto e procedura civile, 1958, 861-880. L'auteur insiste à juste titre sur la distinction entre une procédure réellement contradictoire et une simple participation des parties à la procédure.

²⁶⁹⁶ M.-L. MORIN, *LE DROIT DES SALAIRES A LA NEGOCIATION COLLECTIVE, PRINCIPE GENERAL DU DROIT*, LGDJ, Paris, 1994. L'auteur montre bien que la négociation ne se réduit pas à un contrat, car il s'agit d'un processus entrant dans la catégorie des droits à la participation (398 et ss.).

²⁶⁹⁷ Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, II. 1.4.

²⁶⁹⁸ Cf. C.R. SUNSTEIN, *Health-Health Trade-offs*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY*, J. Elster (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1998, 232-259; R.B. REICH, *Public Administration and Public Deliberation: An Interpretative Essay*, Yale Law Journal, 1985, 1617-1641.

²⁶⁹⁹ O. GODARD montre bien la nécessité de « procédures de délibération » fondées sur des « informations expertes » (*Le principe de précaution: une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie*, Philosophie politique, 2000, n° 11, 17-56).

926. Les formes de la participation varient. Cette diversité reflète la multiplicité des procédures qui coexistent au sein du secteur de la régulation sociale (I). Elles ont pour cadre commun et idéal le souci de la Commission d'instaurer un *dialogue ouvert* avec les partenaires économiques et sociaux (II).

§ I. LA DIVERSITE DES FORMES DE PARTICIPATION

927. La régulation sociale connaît deux formes principales de participation. La première résulte d'une extension aux procédures d'autorisation individuelle et d'octroi de la régulation sociale des procédures de contrôle de la régulation économique. Elles reposent ainsi sur le modèle d'une *procédure quasi-juridictionnelle* (A). La seconde forme est plus caractéristique de ce domaine. Elle se rapproche plutôt de la notion de *représentation des intérêts*. Au sens le plus large, cette notion désigne un mode plutôt formel de relations entre l'autorité publique et les groupes privés d'intérêts²⁷⁰⁰. Ici il n'y a plus de parties *protégées*: les intérêts sont *associés* au processus de décision. Or, les modalités de cette association peuvent être nombreuses et diverses (B).

A. La protection des parties

928. En matière de régulation sociale, les procédures individuelles présentent certains traits communs. Procédures d'autorisation ou d'octroi de fonds, elles exigent en général un examen technique, indépendant et spécialisé, et reposent sur la coopération soit de comités d'experts soit d'autorités ou d'agences spécialisées au niveau national et communautaire. Au sein de ces procédures, cependant, la protection procédurale est inégalement assurée. Le système de la marque communautaire, qui s'inscrit dans la perspective de « l'achèvement et le bon fonctionnement du marché intérieur », doit retenir l'attention, car il fournit l'étalon à l'aune duquel les autres procédures peuvent être jugées.

1. La procédure devant l'Office de l'harmonisation

929. Deux organismes communautaires décentralisés sont dotés de réels pouvoirs de décision. L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, en charge de l'administration des marques communautaires, recueille et traite les demandes d'enregistrement d'un signe en tant que marque communautaire²⁷⁰¹: la procédure débute par le dépôt de la demande, se poursuit par l'examen, la publication et éventuellement une opposition à la demande publiée. L'Office communautaire des variétés végétales a pour mission d'appliquer le régime communautaire permettant l'octroi de

²⁷⁰⁰ En ce sens, D.M. CURTIN, 'Civil Society' and the European Union: *Opening Spaces for Deliberative Democracy?*, COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW, Vol. VII, Book 1, 1996, 197.

²⁷⁰¹ Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JOCE 1994, L 11/1.

brevets pour les variétés végétales²⁷⁰². A ce titre, il reçoit les demandes de protection communautaire des obtentions végétales²⁷⁰³. L'organisation de la procédure est très semblable à la précédente: dépôt, examen de la demande avec l'aide de comités de spécialistes, décision, et éventuellement objection à la décision et recours.

930. Ces régimes comportent de nombreuses modalités procédurales²⁷⁰⁴. A chacune de ces procédures est associé le respect de certaines garanties. Il est inutile de les détailler ici. Remarquons seulement que le règlement de base donne la possibilité de présenter leurs observations non seulement aux parties subissant une procédure de déchéance, mais également aux parties qui souhaitent faire enregistrer une marque²⁷⁰⁵. De manière générale, cette réglementation offre un standard élevé de protection procédurale, à la fois pour les parties et pour les tiers²⁷⁰⁶. Au cours des procédures d'opposition, les pratiques transactionnelles sont encouragées²⁷⁰⁷. En outre, une procédure de recours administratif devant l'Office est ouverte devant une « chambre de recours »²⁷⁰⁸ à « toute partie à une procédure ayant conduit à une décision pour autant que cette dernière n'a pas fait droit à ses prétentions »²⁷⁰⁹. *La procédure devant l'Office combine donc un caractère inquisitoire²⁷¹⁰ et un caractère authentiquement accusatoire²⁷¹¹*. Les règles de motivation et de publicité doivent notamment être remarquées: tous les éléments de la demande de marque communautaire et toutes les autres informations dont la publication est prescrite par le règlement sont publiés dans toutes les langues officielles de la Communauté²⁷¹². En outre, le contrôle de la légalité des actes du président de l'Office est assuré par Commission²⁷¹³. Au total, « la protection juridique » des particuliers engagés dans la procédure paraît bien garantie²⁷¹⁴.

²⁷⁰² Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, JOCE 1994, L 227/1.

²⁷⁰³ Règlement (CE) n° 1239/95 de la Commission du 31 mai 1995 établissant les règles d'exécution du règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil en ce qui concerne la procédure devant l'Office communautaire des variétés végétales, JOCE 1995, L 121/37.

²⁷⁰⁴ S'agissant par exemple des marques, à côté d'une procédure d'enregistrement de la marque communautaire, on trouve les dispositions relatives à la procédure d'opposition et de preuve de l'usage, celles relatives à la procédure de recours contre les décisions de l'Office et à la procédure de déchéance ou d'annulation d'une marque communautaire. Ces dispositions sont complétées par un règlement d'application de la Commission du 13 décembre 1995 (Règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission du 13 décembre 1995 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 40/94, JOCE 1995, L 303/1).

²⁷⁰⁵ Règlement 40/94, art. 56 § 1; art. 37 et 38.

²⁷⁰⁶ En ce sens, K. LENAERTS & J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community administrative Process*, CMLR, 1997, 537.

²⁷⁰⁷ Art. 43 § 4 du Règlement 40/94. Cf. A. CASALONGA, *La pratique de l'opposition (le point de vue des déposants)*, RAE, 1998, 345-359.

²⁷⁰⁸ Règlement 216/96 de la Commission du 5 février 1996 portant règlement de procédure des chambres de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, JOCE 1996, L 28/11.

²⁷⁰⁹ Art. 58 du Règlement 40/94.

²⁷¹⁰ Voir art. 52 (forme des décisions) et art. 75 du Règlement 40/94; Règles 57 et 58 du Règlement 2868/95 (instruction et commissions d'experts).

²⁷¹¹ Art. 73, 75, 76 et 77 du Règlement 40/94.

²⁷¹² Art. 116 du Règlement 40/94; Section N du Règlement 2868/95.

²⁷¹³ Art. 118 du Règlement 40/94.

²⁷¹⁴ Selon le Préambule du Règlement 40/94, « il convient de garantir aux parties concernées par les décisions de l'Office une protection juridique adaptée à la particularité du droit des marques ».

931. De manière générale, l'Office s'estime lié au principe du contradictoire²⁷¹⁵. En outre, ses décisions sont à présent soumises au contrôle du juge communautaire²⁷¹⁶. Par un arrêt du 16 février 2000, le Tribunal de première instance a étendu l'application du principe des droits de la défense à la procédure devant l'Office. A cet égard,

« il est constant que le respect des droits de la défense constitue un principe général du droit communautaire, en vertu duquel les destinataires des décisions des autorités publiques qui affectent, comme en l'espèce, de manière sensible leurs intérêts doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue. »²⁷¹⁷

Cette jurisprudence consacre le principe qui inspire toute la réglementation existante. Elle fait de cette procédure une « procédure juridictionnalisée ».

2. L'extension du modèle quasi-juridictionnel

932. Est-il permis d'étendre cette forme de protection procédurale à toutes les procédures individuelles de dépôt, d'autorisation et d'octroi, dès lors que des intérêts sont directement affectés? Dans le domaine de la régulation sociale, ces procédures sont très nombreuses²⁷¹⁸. La particularité de ces procédures est qu'elles sont souvent, en partie, « décentralisées », faisant intervenir les autorités nationales compétentes.

933. A cet égard, une place particulière doit être réservée à l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments. A côté du maintien d'une procédure entièrement décentralisée, l'Agence gère, depuis le 1er janvier 1995, une partie des demandes d'autorisation de mise sur la marché des nouveaux médicaments dans le cadre de la procédure dite « centralisée »²⁷¹⁹. La demande est transmise au comité des spécialités pharmaceutiques pour avis. Celui-ci « peut, *au besoin*, demander au demandeur de compléter dans un délai déterminer les renseignements qui accompagnent la demande »²⁷²⁰. Si l'avis est négatif, le demandeur peut former un recours administratif. Mais ce recours est introduit devant le même comité, « auprès de l'instance même dont émane l'acte contesté! »²⁷²¹. L'avis définitif est envoyé à la Commission aux Etats membres et au demandeur²⁷²². La décision appartient à la Commission en concertation avec les autorités

²⁷¹⁵ Cf. E. GASTINEL, *LA MARQUE COMMUNAUTAIRE*, LGDJ, Paris, 1998, not. 23-26; D.T. KEELING, *The decisions of the OHIM Boards of Appeal*, RAE, 1998, 360-364.

²⁷¹⁶ Art. 63 du Règlement 40/94; Modifications du règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 6 juillet 1995, JOCE 1995, L 172/3.

²⁷¹⁷ TPICE, 16 février 2000, *The Procter & Gamble Company/OHMI*, T-122/99, pt 42, nep.

²⁷¹⁸ Outre les procédures en matière douanière et relatives au Fonds social européen L. KRÄMER remarque que de nombreux litiges environnementaux concernent l'octroi de fonds par la Communauté (*Public Interest Litigation in Environmental Matters Before European Courts*, Journal of Environmental Law, 1996, n° 1, 1-18).

²⁷¹⁹ Règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JOCE 1993, L 214/1.

²⁷²⁰ Art. 7 c) du Règlement 2309/93 (nous soulignons).

²⁷²¹ P. DEBOYER, *Les nouvelles procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments*, RMUE, 1995/4, 40.. Cf. Art. 9 § 1 du Règlement 2309/93.

²⁷²² Art. 9 § 2 du Règlement 2309/93.

des Etats membres. Elle est motivée et notifiée au demandeur²⁷²³. Mais c'est l'Agence, en étroite collaboration avec les autorités compétentes nationales, qui procède à des vérifications, et, le cas échéant, à la modification, à la suspension ou au retrait de l'autorisation. A ce stade, le titulaire de l'autorisation est invité, « *dans toute la mesure du possible* », à présenter ses observations²⁷²⁴.

934. La protection procédurale limitée offerte au demandeur tranche avec le traitement qui est réservé aux Etats membres, et notamment à l'Etat concerné. Ceux-ci sont informés de toute la procédure et disposent d'un droit à présenter leurs observations, lesquelles, si elles soulèvent de nouvelles questions importantes d'ordre scientifiques et techniques, entraînent la suspension de la procédure pour nouvel examen de la part de l'Agence²⁷²⁵. Pareille discrimination paraît peu justifiable. Au moins le système antérieur prévoyait-il la possibilité pour le demandeur de présenter ses observations écrites et orales²⁷²⁶. Le Comité de la House of Lords pour les Communautés européennes a relevé la faiblesse du nouveau règlement à l'égard du droit d'être entendu et du droit d'appel²⁷²⁷. En principe, la protection procédurale devrait être assurée dès lors que des intérêts sont susceptibles d'être affectés par une décision finale. Aucune raison sérieuse ne paraît s'opposer à une transposition du modèle de la réglementation sur la marque communautaire, hors des raisons pratiques, qui sont liées à *l'efficacité* et à *la sensibilité politique* de ce domaine.

B. L'association des intérêts

935. Les intérêts sont associés de manières diverses et à différents niveaux. Avant de décrire ces différentes formes, il faut dire un mot du contexte dans lequel cette idée s'est formée. L'association des intérêts a pris une importance telle qu'on peut dire qu'elle est devenue aujourd'hui un des traits distinctifs du processus décisionnel communautaire.

1. L'émergence du principe d'ouverture

936. Tardive est la généralisation de la représentation des intérêts au sein de la Communauté. Longtemps la Commission s'est tenue à un dialogue informel et limité avec les intérêts privés²⁷²⁸. Certes, il pourrait sembler que l'activité d'intérêts économiques organisés fût considérée, dès l'origine, comme le moteur de l'intégration. N'est-ce pas le rôle qui fut assigné aux élites industrielles et économiques par les tenants de la conception néofonctionnaliste de l'intégration,

²⁷²³ Art. 67 du Règlement 2309/93.

²⁷²⁴ Art. 18 § 2 du Règlement 2309/93 (nous soulignons).

²⁷²⁵ Art. 10 du Règlement 2309/93; art. 4 du Règlement (CE) n° 1662/95 de la Commission établissant certaines modalités de mise en œuvre des procédures décisionnelles communautaires en matière d'autorisation de mise sur le marché de médicaments à usage humain ou vétérinaire. JOCE 1995, L 158/4.

²⁷²⁶ JOCE 1983, L 332/1 (art. 14).

²⁷²⁷ Select Committee on the European Communities, *The European Medicines Agency and Future Marketing Authorisation Procedures*, 1991-92. 3rd Report, 65; 67-68 (Memorandum by the Association of the British Pharmaceutical Industry).

²⁷²⁸ Cf. J. RIDEAU, *Les groupes d'intérêt dans le système institutionnel communautaire*, RAE. 1993, n° 3, 49.

en premier lieu par E. Haas²⁷²⁹? Mais, suivant cette conception, l'activité des groupes d'intérêt constitue un soutien pour le transfert de compétences; elle ne fonde pas un véritable droit à être associé au processus de décision. Il est vrai que, aux débuts de la construction communautaire les intérêts organisés étaient peu enclins à participer directement au processus communautaire²⁷³⁰.

a) L'ouverture limitée

937. La Commission reste hostile à toute ouverture jusqu'à la fin des années quatre-vingt. Il suffit pour l'attester d'évoquer une déclaration du commissaire Christopherson devant le Parlement européen, lors du débat sur le statut des associations sans but lucratif:

*« Il est juste de considérer que, par sa nature même de "Communauté économique", toute initiative communautaire doit nécessairement insister sur la dimension économique. Tandis que les groupes scientifiques sont, par extension, d'une certaine importance pour l'activité économique, le statut des autres associations (culturelles et autres) ne peut être considéré comme un sujet de préoccupation majeur. »*²⁷³¹

Il est vrai que, jusqu'au projet d'achèvement du marché intérieur, cette prudence pouvait s'expliquer par le fait que « ceux dont les intérêts vitaux sont affectés par les décisions des institutions communautaires sont encore relativement peu nombreux »²⁷³². Pourtant, longtemps encore, la même ligne sera suivie par la Commission. On a pu dire qu'elle trouvait une justification à l'article 49 [ex-article 58 CEE] semblant exclure du champ d'application du traité les associations ou les sociétés « qui ne poursuivent pas de but lucratif ». L'argument juridique ne convainc pas. Pareille restriction s'explique plutôt par une volonté forte de la part de la Commission d'affirmer un « style politique européen », reflet d'un processus d'intégration qui se veut autonome²⁷³³. S. Mazey et J. Richardson étudient ce comportement comme le fait d'une « bureaucratie puissante mais *adolescente* », adoptant une approche « pragmatique et non planifiée »²⁷³⁴. De cet esprit porte témoignage l'échec des "euro-groupes" censés représenter les intérêts réellement *européens*. Devant la difficulté de ces groupes à éviter les divergences internes et à surmonter les conflits d'intérêt nationaux, la Commission s'est montré très critique à leur égard²⁷³⁵. Au lieu d'essayer de développer un dialogue constructif avec eux, elle préféra

²⁷²⁹ Cf. E.B. HAAS, *THE UNITING OF EUROPE. Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, Stanford University Press, Stanford, 1968.

²⁷³⁰ Cf. B. KOHLER-KOCH, *Organized Interests in European Integration: The Evolution of a New Type of Governance?*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, 45-46.

²⁷³¹ D.M. CURTIN, *op. cit.*, 269 (notre traduction).

²⁷³² L.N. LINDBERG, *THE POLITICAL DYNAMICS OF EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, Stanford University Press, Stanford, 1963, 99.

²⁷³³ S. MAZEY & J. RICHARDSON, *La Commission européenne, une bourse pour les idées et les intérêts*, RFSP, 1996, 409-430.

²⁷³⁴ S. MAZEY & J. RICHARDSON, *De la liberté des mœurs politiques à un style européen de politique publique?*, in *POLITIQUES PUBLIQUES EN EUROPE*, Y. Mény, P. Muller & J.-L. Quermonne (dir.), L'Harmattan, Paris, 1995, 97, 100.

²⁷³⁵ Cf. J. GREENWOOD & K. RONIT, *Interest Groups in the European Community: Newly Emerging Dynamics and Forms*, *West European Politics*, 1994, 31-52; M. PETITE, *Les lobbies européens*, *Pouvoirs*, 1989, n° 48, 95-103.

développer des relations privilégiées avec certains groupes industriels nationaux²⁷³⁶. Proximité qui eut pour effet d'exclure les intérêts non liés à l'industrie, en favorisant les phénomènes de « capture » de la Commission²⁷³⁷. W. Wessels suggère bien en ce sens la constitution d'une « méga-bureaucratie » de type « corporatiste »²⁷³⁸.

b) Bruxelles, « ville ouverte »

938. La signature de l'Acte unique européen est apparue, à cet égard, comme décisive²⁷³⁹. Là s'affirme le souci qui va peu à peu devenir central dans le processus décisionnel européen : *comment formaliser un dialogue pluraliste et ouvert avec un maximum d'intérêts*? Ce souci est devenu plus pressant encore lors du débat sur la démocratie et sur la subsidiarité qui a suivi la signature du traité de Maastricht²⁷⁴⁰. Développer les consultations et les relations non seulement avec les fédérations et organisations européennes mais avec tous les groupes d'intérêt²⁷⁴¹, non seulement avec les opérateurs économiques mais aussi avec les groupes sociaux, est l'une des voies les plus sûres pour favoriser la transparence et la démocratie dans l'Union européenne. Depuis lors, ce mouvement n'a fait que s'accroître²⁷⁴². Ainsi naît « Bruxelles, ville ouverte »²⁷⁴³.

939. Ce tournant réduit les hypothèses de « capture »²⁷⁴⁴. Cette politique d'ouverture permet à la Commission, disposant de ressources et de moyens limités, de recueillir les informations

²⁷³⁶ Cf. A.M. McLAUGHLIN & J. GREENWOOD, *The Management of Interest Representation in the European Union*, JCMS, 1995, 143-156.

²⁷³⁷ Cf. M. EGAN & D. WOLF, *Regulation and Comitology: The EC Committee System in Regulatory Perspective*, Columbia Journal of European Law, 1998, vol. 4, not. 516-517, 520. Les auteurs évoquent des phénomènes de « capture » des comités par certains intérêts industriels et commerciaux.

²⁷³⁸ W. WESSELS, *The Growth and Differentiation of Multi-Level Networks: A Corporatist Mega-Bureaucracy or an Open City?*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, not. 36. On relèvera que, en ce domaine, les concepts varient, parfois jusqu'à se contredire : ainsi par exemple, ce que W. Wessels appelle une politique « corporatiste », U. Ayberk et F.-P. Schenker la nomment « pluraliste » (U. AYBERK & F.-P. SCHENKER, *Des lobbies européens entre pluralisme et clientélisme*, RFSP, 1998, 725-755). Il importe donc de définir avec précision les termes employés. Ce qui est visé ici est une politique où « les groupes d'intérêt sont considérés comme des acteurs sociaux exerçant une pression directe ou indirecte sur le pouvoir sans participer à son exercice » et, dans leurs relations, « les groupes se trouvent dans une concurrence presque parfaite ».

²⁷³⁹ En ce sens, S. MAZEY & J. RICHARDSON, *La Commission européenne, une bourse pour les idées et les intérêts*, RFSP, 1996, 409-430.

²⁷⁴⁰ Cf. W. VAN GERVEN, *The Legal Dimension: The Constitutional Incentives and Constraints on Bargained Administration*, in *CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, F. Snyder (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1996, 75-90.

²⁷⁴¹ A cet égard, la Commission concède sa « tendance à favoriser les fédérations/organisations européennes par rapport aux représentants d'organisations nationales ou d'entreprises », mais elle « tient à garantir l'égalité de traitement de tous les groupes d'intérêt » (Communication de la Commission, *Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt*, JOCE 1993, C 63/2).

²⁷⁴² A cet égard, l'apport du traité d'Amsterdam à l'égard de la procédure de codécision ne saurait être négligé : en permettant au Conseil d'arrêter l'acte s'il approuve les amendements du Parlement portant sur la proposition de la Commission dès la première lecture, ce dispositif force la Commission, dès avant l'engagement de la procédure législative, à entreprendre des contacts et des consultations, à la fois avec les Etats membres, les commissions parlementaires et les groupes d'intérêt (point soulevé par K. Lenaerts dans le cadre d'une intervention à l'Académie de droit européen, EUI, Florence, juillet 2000).

²⁷⁴³ W. WESSELS, *op. cit.*, 17-41.

²⁷⁴⁴ Cf. M. EGAN & D. WOLF, *op. cit.*, 521.

fiables qui lui font défaut²⁷⁴⁵. En associant les destinataires à la préparation des décisions, elle assure en outre une légitimité et une certaine effectivité aux politiques définies par la Commission²⁷⁴⁶. Dans *l'espace européen des politiques publiques*²⁷⁴⁷, où les résistances sont fortes et les moyens de contrôle assez faibles, pareille collaboration s'avère indispensable. Parallèlement au développement de l'expertise, le développement de la consultation coïncide précisément avec la mise en œuvre du *principe de subsidiarité*²⁷⁴⁸.

940. Cette explication est classique et convaincante, mais elle ne suffit pas. Il semble qu'en dehors de toute nécessité, l'on soit conduit à discerner dans cette ouverture un souci d'auto-affirmation et de légitimation de la part de la Commission²⁷⁴⁹. Du point de vue politique et institutionnel, ce qui importe pour la Commission est de s'assurer du soutien du plus grand nombre d'acteurs et de la maîtrise des idées nouvelles. Car, en contexte de grande incertitude et de complexité, « *sa faculté de développer des concepts qui peuvent être convertis en visions communes lui donne la possibilité d'exercer la direction politique [policy leadership]* »²⁷⁵⁰. Là où la Commission dispose des informations et des idées, il faut lui reconnaître une voix prépondérante dans ses relations avec les Etats membres²⁷⁵¹, avec le Parlement²⁷⁵², et avec les autres institutions européennes et internationales. Considérant la mobilisation croissante des groupes d'intérêt au sein des politiques publiques européennes, S. Mazey et J. Richardson ont qualifié la Commission de « bourse pour les idées et les intérêts »²⁷⁵³. Dans le domaine de la régulation sociale, qui privilégie l'innovation, les idées ont en effet une grande importance²⁷⁵⁴. De là vient le rôle primordial, et non plus accessoire, que la délibération et la persuasion doivent y jouer²⁷⁵⁵.

²⁷⁴⁵ H. WALLACE, *Introduction*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, 9; J. RIDEAU, *op. cit.*, 52.

²⁷⁴⁶ En ce sens, W. VAN GERVEN, *op. cit.*, 80; en général, D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 282.

²⁷⁴⁷ Sur cette notion, P. MULLER, *La mutation des politiques publiques*, Pouvoirs, avril 1994, 63-75.

²⁷⁴⁸ En ce sens, A.M. McLAUGHLIN & J. GREENWOOD, *op. cit.*, 143-156. Ce point est confirmé dans le Protocole annexé au traité d'Amsterdam sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui prévoit que la Commission s'efforcera de procéder à de « larges consultations » (pt 9).

²⁷⁴⁹ En ce sens, H. WALLACE & A.R. YOUNG, *The Kaleidoscope of European Policy-Making: Shifting Patterns of Participation and Influence*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, 249.

²⁷⁵⁰ B. KOHLER-KOCH, *op. cit.*, 66.

²⁷⁵¹ J. RIDEAU, *op. cit.*, 64, qui souligne « l'attitude de la Commission cherchant à s'appuyer de plus en plus sur les groupes pour asseoir son pouvoir face aux Etats, ce qui apparaît dans le recours accru aux consultations et aux auditions directes des responsables économiques et sociaux ».

²⁷⁵² H. WALLACE & A.R. YOUNG, *op. cit.*, 249.

²⁷⁵³ S. MAZEY & J. RICHARDSON, *La Commission européenne, une bourse pour les idées et les intérêts*, RFSP, 1996, 409-430; v. également J. RICHARDSON, *Policy-making in the EU. Interests, ideas and garbage cans of pimeval soup*, in *EUROPEAN UNION. Power and Policy-Making*, J. Richardson (ed.), Routledge, London, 1996, 3-23.

²⁷⁵⁴ Cf. H. WALLACE, *op. cit.*, 1-16.

²⁷⁵⁵ « la délibération en matière de décisions publiques a de l'importance surtout quand les décisions soumises à discussion portent sur l'efficacité plutôt que sur la redistribution pure et simple (...). La discussion et la persuasion sont nécessaires pour découvrir les possibilités de gain collectif et pour obtenir un soutien en faveur des moyens les plus efficaces d'exploiter ces possibilités » (G. MAJONE, *Décisions publiques et délibération*, RFSP, 1994, 578-598).

La multiplication des procédures de consultation, de représentation et de participation s'explique non seulement par le projet de protéger les politiques communautaires, mais aussi par le souci de protéger sa propre assise institutionnelle. La Commission entend ainsi créer une communauté d'intérêts, ouverte et en délibération.

2. Les formes de l'association

941. La consécration du principe d'ouverture permet d'affirmer que « la Commission a toujours voulu entretenir le dialogue le plus ouvert possible avec toutes les parties intéressées »²⁷⁵⁶. Mais le « dialogue le plus ouvert possible » peut prendre des formes très variées. L'analyse suggère de les classer sous trois catégories, selon que la dialogue revêt un caractère plus ou moins formel et centralisé.

a) Le dialogue formalisé

942. Dès l'origine, un organe a été institué pour représenter les intérêts sociaux au sein du processus décisionnel communautaire. Au terme de l'article 257 CE lu en combinaison avec l'article 258 CE, le Comité économique et social est composé de représentants des différentes catégories de la vie économique et sociale, répartis suivant leur appartenance nationale. Au Sommet de Paris de 1972, les chefs d'Etat et de gouvernement affirmaient leur volonté d'approfondir et d'enrichir le dialogue avec les partenaires sociaux. Aussi invitaient-ils les institutions de la Communauté à « reconnaître au Comité économique et social le droit de rendre désormais des avis de sa propre initiative sur toutes les questions touchant au travail communautaire »²⁷⁵⁷. A la suite de ce Sommet était adoptée une modification du règlement intérieur du Comité reconnaissant cette possibilité²⁷⁵⁸. Le traité sur l'Union européenne ne faisait que l'officialiser en l'inscrivant au titre des fonctions du Comité à l'article 262 CE. Au terme de l'article 8 CE, le Comité est appelé à assister le Conseil et la Commission « en exerçant des fonctions consultatives ». A ce titre est prévue la consultation obligatoire pour l'adoption d'actes de base dans le cadre de nombreuses politiques communautaires²⁷⁵⁹. Cependant, dans le cadre des procédures normatives de la régulation sociale, l'efficacité de cet organe paraît douteuse. D'une part, la consultation est tardive et limitée: elle ne peut avoir lieu qu'à la suite de la proposition de la Commission, dans le cadre des procédures législatives²⁷⁶⁰. D'autre part, le poids d'une telle

²⁷⁵⁶ Communication de la Commission, *Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt*, JOCE 1993, C 63/2.

²⁷⁵⁷ Commission des CE, Rapport général sur l'activité des Communautés (1972), 1973, XXVII, 17.

²⁷⁵⁸ Décision n° 74/428 CEE Euratom, JOCE 1974, L 228/1.

²⁷⁵⁹ A de notables exceptions près: politique agricole commune, politique économique et politique monétaire, libre circulation des capitaux, règles de concurrence, politique commerciale commune, coopération au développement. Obligatoire, l'avis constitue une formalité substantielle dont la méconnaissance entraîne l'annulation de l'acte par la Cour (D. GADBIN, *L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire*, RTDE, 2000, 7).

²⁷⁶⁰ E. REHBINDER & R. STEWART, *ENVIRONMENTAL PROTECTION POLICY*, in *INTEGRATION THROUGH LAW. Europe and the American Federal Experience*, vol. 2, M. Cappelletti, M. Secombe & J. Weiler (eds.), Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985, 269. Les auteurs soulignent en outre la sous-représentation des intérêts environnementaux au profit des acteurs économiques. La critique tombe à présent sous les efforts du Comité à élargir sa représentativité et à rechercher une plus grande proximité avec le citoyen (voir en ce sens les remarques

consultation demeure relatif, dans la mesure où la nature complexe et déléguée du système communautaire interdit toute concentration de la représentation des intérêts en un point unique du processus décisionnel²⁷⁶¹.

943. Dès 1974, le Comité économique et social « constate une tendance à la multiplication des organes de consultation spécifique dont il craint qu'elle amoindrisse le caractère privilégié de sa vocation consultative et conduise à une dilution de la fonction consultative dans les Communautés »²⁷⁶². Bien conscient cependant de la nécessité pour la Commission de recueillir des consultations spécifiques auprès de « comités très spécialisés », il revendique pour lui-même une « attention plus grande aux problèmes d'ordre général, afin de développer la véritable vocation qui est la sienne ». L'avis général sur les grandes orientations économiques et sociales demeure son domaine propre²⁷⁶³. La crainte de voir se multiplier les comités consultatifs institués par la Commission est fondée. Très nombreux sont aujourd'hui les comités composés, à côté de fonctionnaires nationaux, de représentants des intérêts économiques et sociaux²⁷⁶⁴. On les trouve principalement dans la phase préparatoire des procédures législatives. Mais la Commission envisage de plus en plus fréquemment leur extension aux procédures d'exécution.

944. Ces procédures de comité trouvent aujourd'hui une base nouvelle dans deux principes fondamentaux de la régulation sociale. Dans le domaine de la santé, la Commission déclare ainsi, d'une manière générale:

« Une consultation adéquate, avant et pendant le processus de prise de décision, des partenaires socio-économiques dont les intérêts sont touchés par la législation communautaire constitue le fondement de la **transparence**. Pour que cette consultation soit efficace, elle ne doit être limitée aux aspects techniques d'une proposition, mais doit également permettre aux partenaires sociaux de fournir toutes les informations utiles et de formuler toutes les observations pertinentes concernant l'approche législative envisagée, ainsi que les coûts et avantages des mesures proposées. »²⁷⁶⁵

A ce passage répond, dans le « cinquième programme d'action pour l'environnement », le passage suivant:

« Du fait que les objectifs et les cibles indiqués dans le programme, et le but final qu'est l'instauration d'un développement durable et respectueux de l'environnement exige une action concertée de toutes les parties concernées de toutes les parties concernées

de S. SMISMANS, *An Economic and Social Committee for the Citizen, or a Citizen for the Economic and Social Committee*, European Public Law, 1999, 557-582).

²⁷⁶¹ En ce sens, D.M. CURTIN, *op. cit.*, 241, 244.

²⁷⁶² Comité économique et social, *Avis sur la place et le rôle du Comité économique et social dans le système institutionnel communautaire et la perspective d'une évolution de celui-ci*, JOCE 1974, C 111/37, III.1.

²⁷⁶³ Tel est l'avis du Comité lui-même (*op. cit.*, III.1.c.).

²⁷⁶⁴ G. CIAVARINI-AZZI dénombre 57 comités de ce type qui se sont réunis en 1995 (*Comitology and the European Commission*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 51).

²⁷⁶⁵ Commission des C.E. (Livre vert), *Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne*, 22 (nous soulignons).

œuvrant ensemble dans un esprit de collaboration, le principe de **subsidiarité** a été combiné à la notion plus vaste de *partage des responsabilités*. »²⁷⁶⁶

b) Le dialogue décentralisé

945. L'association peut aller jusqu'au renvoi aux accords conclus entre les partenaires économiques et sociaux. L'« autorégulation » ou « autoréglementation » implique plus qu'une simple consultation, la délégation de l'élaboration de la norme aux intérêts privés eux-mêmes²⁷⁶⁷. Cela concerne d'abord le renvoi aux normes adoptées par les organismes européens de normalisation. A côté de la recherche du consensus, le travail de normalisation est en effet dominé par le « principe de la participation des milieux intéressés »²⁷⁶⁸.

946. Mais l'exemple peut-être le plus frappant aujourd'hui d'autoréglementation dans la Communauté concerne l'instauration d'un « dialogue social »²⁷⁶⁹. Institutionnalisé par le traité d'Amsterdam, ce concept recouvre en réalité trois formes procédurales différentes²⁷⁷⁰. Il vise d'abord le droit donné à certaines organisations sociales à être consultées sur les propositions de la Commission en la matière: à côté des comités consultatifs de la politique sociale prend forme un modèle bien délimité de collaboration « corporatiste »²⁷⁷¹. C'est le sens de l'article 138 § 1 CE²⁷⁷². Il concerne ensuite le renvoi aux conventions collectives pour la mise en œuvre de directives communautaires dans le domaine de la politique sociale. Tel est l'objet de l'article 137 § 4 CE²⁷⁷³. Il s'agit enfin et surtout de l'extension par la Communauté des accords conclus entre les partenaires sociaux. Au terme de l'article 139 CE, la mise en œuvre des accords conclus par les partenaires sociaux au niveau communautaire intervient à leur demande par une décision du Conseil sur proposition de la Commission. Procédure mise en œuvre avec succès à plusieurs reprises, elle n'en pose pas moins le problème de la responsabilité et de la représentativité des acteurs concernés, que nous aborderons bientôt.

²⁷⁶⁶ Commission des C.E., *VERS UN DEVELOPPEMENT SOUTENABLE. Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement*, JOCE 1993, C 138/11, 78 (nous soulignons). Sur la participation du public à la politique de l'environnement en général, E. REHBINDER & R. STEWART, *op. cit.*, not. 269-276.

²⁷⁶⁷ Voir, en général, W. STREECK & P.C. SCHMITTER, *Community, market, state — and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in *PRIVATE INTEREST GOVERNMENT. Beyond Market and State*, W. Streeck & P.C. Schmitter (eds.), SAGE, London, 1985, not. 20.

²⁷⁶⁸ J.-C. MASCLÉ, *La normalisation européenne: bon serviteur, mauvais maître?*, in *L'ENTREPRISE DANS LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, Paris, 1995, 385-401.

²⁷⁶⁹ Cf. Résolution du Parlement européen sur le rôle des partenaires sociaux dans la Communauté, JOCE 1988, C 309/104; Communication de la Commission concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale, COM(93) 600 final; Communication de la Commission concernant le développement du dialogue social au niveau communautaire, COM(96) 448 final; Communication de la Commission, *Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire*, COM(1998) 322 final.

²⁷⁷⁰ Cf. D. GADBIN, *L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire*, RTDE, 2000, 1-46.

²⁷⁷¹ Sur ce modèle, U. AYBERK & F.-P. SCHENKER, *op. cit.*, not. 750 et ss.

²⁷⁷² Art. 138 § 1: « La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter le dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties. »

c) Le dialogue informel

947. A côté de ces procédures formelles, il ne faut jamais perdre de vue la présence constante de procédures de consultation informelles sur une base *ad hoc*. L'approche de la Commission traduit un « souci d'ouverture maximale du dialogue avec les parties intéressées »²⁷⁷⁴. Le « principe d'une administration ouverte », « principe qui est bien établi depuis de nombreuses années », est affirmé par la communication de la Commission sur « *Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt* »²⁷⁷⁵. La Commission entend ainsi promouvoir le développement d'un réseau d'information et d'un réseau d'influence²⁷⁷⁶. De ce dialogue tire avantage à la fois la Commission (fourniture d'informations et légitimation des politiques communautaires auprès des autorités nationales²⁷⁷⁷) et les groupes (recherche des informations, influence sur le processus décisionnel, recherche des financements communautaires²⁷⁷⁸). Un répertoire des groupes d'intérêt a donc été créé en janvier 1997, non dans le but de restreindre l'accès des groupes aux services de la Commission, mais « au contraire pour sensibiliser les fonctionnaires à l'importance de consulter plus systématiquement les milieux intéressés »²⁷⁷⁹.

948. Pour qualifier cette approche, on parlera encore d'« auto-régulation »²⁷⁸⁰. Mais qu'entend-on ici par ce terme? A ce niveau, le rôle de la Commission consiste essentiellement à encourager les groupes d'intérêt d'adopter *eux-mêmes* des règles de conduite dans leurs relations avec les institutions européennes. La Commission refuse de poser des règles explicites et contraignantes (accréditation, enregistrement, code de conduites) à l'égard des groupes d'intérêt. Elle refuse également de « reconnaître » officiellement des associations en leur donnant un statut consultatif²⁷⁸¹. La raison en est simple: des contraintes institutionnelles trop fortes pourraient constituer un obstacle à l'engagement des groupes au sein du processus décisionnel.

949. Cependant, une « formalisation minimale » est apparue nécessaire. Car, « bien que ces contacts ne posent pas de problème d'ordre général, il est parfois arrivé qu'un *lobbying* plus

²⁷⁷³ Art. 137 § 4: « Un Etat membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application des paragraphes 2 et 3 ». Cf. A. LYON-CAEN, *Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire*, Droit social, 1997, 68-74.

²⁷⁷⁴ J. RIDEAU, *op. cit.*, 70.

²⁷⁷⁵ Communication de la Commission, *Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt*, JOCE 1993, C 63/2.

²⁷⁷⁶ Cf. U. AYBERK & F.-P. SCHENKER, *op. cit.*, 725-755.

²⁷⁷⁷ A.M. McLAUGHLIN & J. GREENWOOD, *op. cit.*, 154.

²⁷⁷⁸ J. RIDEAU, *op. cit.*, 50-53.

²⁷⁷⁹ Secrétariat général de la Commission, *La Commission et les groupes d'intérêts*, Site internet: europa.eu.int/comm/secretariat_g.../sgc/lobbies/repertoire/indexrep_fr.htm.

²⁷⁸⁰ Cf. A.M. McLAUGHLIN & J. GREENWOOD, *op. cit.*, 143-156.

²⁷⁸¹ Néanmoins, la proposition de créer un statut des associations européennes remonte à une proposition du Parlement datant de 1989: v. D. DE CROMBRUGHE, *Le projet de statut pour l'association européenne*, in *CITOYENS ET POUVOIRS EN EUROPE*, V. de Coorebyter (dir.), Syros, Paris, 1993, 141-150. Voir, sur les dernières évolutions, A. IOAKIMIDIS, *La politique de la Communauté européenne à l'égard des associations sans but lucratif et le projet de règlement portant statut de l'association européenne*, in *RAPPORT PUBLIC 2000*, EDCE, n° 51, 2000, 407-422.

agressif soit pratiqué; des écarts de conduite sont parfois observés: des “lobbyistes” vendent des documents de travail et des documents officiels de la Commission, se font passer publiquement pour ce qu’ils ne sont pas en utilisant les symboles de la Commission ou possèdent une carte de presse qui leur donne directement accès aux conférences et communiqués de presse »²⁷⁸². Or, un travail en réseau utilise exclusivement des ressources non “marchandisables”: des idées et des informations. Dans un tel contexte, où tout le poids des relations repose sur l’authenticité et la confiance entre les personnes, « il est particulièrement perturbant de voir ces relations utilisées dans des stratégies visant à générer des profits en réseau », en détournant la confiance au profit d’intérêts particuliers²⁷⁸³. Il importe donc de susciter la formation spontanée de règles de conduite destinées à développer la loyauté des personnes participantes²⁷⁸⁴. Mais ce qu’il faut absolument éviter, c’est de rigidifier les relations. C’est pourquoi il ne peut être question d’imposer des contraintes extérieures et formelles. La Commission se contente d’encourager « les groupes d’intérêt (à but lucratif ou non) à élaborer volontairement des codes de conduite », en respectant des critères minimaux qu’elle contribue à poser²⁷⁸⁵. Et c’est également sur le « sens moral » de son personnel qu’elle compte pour développer des conduites correctes²⁷⁸⁶.

950. Dès lors le principe d’une « gestion ouverte des affaires publiques » semble en mesure d’être réalisé²⁷⁸⁷. La Commission « n’a pas favorisé l’émergence du corporatisme ou du néo-corporatisme au niveau européen, ni de communautés d’intérêts fermées »²⁷⁸⁸. Au contraire, le réseau n’est jamais fermé à de nouveaux participants et les possibilités d’entrée pour des intérêts variés et contradictoires sont grandes. Flexible, un tel système peut s’enorgueillir de limiter les risques de *capture* et de calculs stratégiques²⁷⁸⁹. Mais, précisément parce que cette participation suppose des capacités cognitives codifiées et certifiées, elle engendre un autre risque: celui de l’exclusion.

²⁷⁸² A.M. McLAUGHLIN & J. GREENWOOD, *op. cit.*, 143-156.

²⁷⁸³ L. BOLTANSKI & E. CHIAPPELLO, *LE NOUVEAU CAPITALISME*, Gallimard, Paris, 1999, 555.

²⁷⁸⁴ Une littérature immense s’est développée sur les groupes d’intérêt. Elle présente la caractéristique d’être à la fois descriptive et prescriptive. Littérature à mi-chemin entre le droit et le management, son objet est double: non seulement faire état des règles et des acteurs concernés mais aussi chercher à promouvoir des stratégies d’approche efficaces et loyales, en tenant compte de la localisation du pouvoir, du rythme du processus politique, du type de communication souhaitable... (v., *inter alia*, V. LECOCQ, *Le lobbying européen: information ou manipulation?*, RMC, 1991, 400-403; *Quand l’entreprise dialogue avec la Commission. Un entretien avec Pierre E. Longin*, RAE, 1993, n° 3, 75-77; T. JEAN, *Lobbying communautaire: stratégies et modèles*, Revue française de gestion, 1992, n° 3, 17-31).

²⁷⁸⁵ Cf. Annexe II de la Communication de la Commission, *Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d’intérêt*, JOCE 1993, C 63/2; v. également le Code de conduite élaboré en collaboration avec les groupes d’intérêt, 28 septembre 1994, PE 2806469, Site Internet: europa.eu.int.

²⁷⁸⁶ Outre une information administrative pour rappeler les droits et obligations du personnel dictés par le titre II du Statut des fonctionnaires, un code de conduite, « faisant l’objet d’une large consultation interne notamment avec les organisations du personnel », a été établi en vue d’expliquer « les éléments du cadre d’éthique professionnelle » qui doivent guider les membres de la Commission dans leurs relations avec le public (Secrétariat général de la Commission, *La Commission et les groupes d’intérêts*, Site internet: europa.eu.int/comm/secretariat_g...obbies/droits_obligations/droits_fr.htm).

²⁷⁸⁷ Principe affirmé par le document de discussion de la Commission, *La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat*, COM(2000) 11 final, 2.3.

²⁷⁸⁸ H. WALLACE & A.R. YOUNG, *op. cit.*, 248.

²⁷⁸⁹ En ce sens, « *the very fluidity of the Brussels networks, backed by the variations in national governments’ preferences, and complemented by the intrusion of civic interests, both limits the impact of collusion and makes strategic calculation of behaviour more difficult* » (H. WALLACE, *op. cit.*, 12).

§ II. LES MODALITES ET LE CADRE DE LA PARTICIPATION

951. Trop nombreuses sont les procédures de participation: il est impossible de toutes les envisager. Du moins est-il possible d'en donner un aperçu, à partir d'exemples puisés tour à tour dans le droit de la santé, de l'environnement et de la normalisation. Dans chacune des hypothèses envisagées, des éléments spécifiques commandent les modalités de la participation. Il s'en dégage néanmoins une certaine cohérence (B). C'est qu'elles illustrent toutes la recherche d'un équilibre entre efficacité et légitimité dans la procédure (A).

A. Efficacité et légitimité dans les procédures de participation

952. L'efficacité de la procédure demeure la préoccupation majeure. Mais il en est une autre, désormais: le nouveau mot d'ordre de la Commission, c'est que « l'efficacité et la légitimité doivent s'équilibrer »²⁷⁹⁰. Nous essaierons de le vérifier dans trois secteurs importants de la régulation sociale.

1. Les procédures de comités consultatifs en matière sanitaire

953. En droit sanitaire, le meilleur exemple de participation des partenaires sociaux est assurément celui que fournit la mise en place de comités consultatifs. Appelé à assurer la représentation des milieux professionnels et des consommateurs, le Comité consultatif des denrées alimentaires est composée de dix membres permanents et de vingt experts se répartissant en cinq groupes économiques représentant les milieux de l'agriculture, du commerce, des consommateurs, de l'industrie et des travailleurs²⁷⁹¹. Créé en 1975²⁷⁹², modifié en 1978²⁷⁹³ enfin en 1980, celui-ci peut être consulté par la Commission sur tous les problèmes relatifs à l'harmonisation des législations concernant les denrées alimentaires. En pratique, il appert cependant que ce Comité est très peu consulté²⁷⁹⁴: si peu qu'on a pu le qualifier de « comité dormant »²⁷⁹⁵. Comment expliquer cette désuétude? La capacité technique du comité est jugée

²⁷⁹⁰ Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, § 8.

²⁷⁹¹ Art. 2 de la Décision 80/1073/CEE de la Commission du 24 octobre 1980 portant nouveau statut du comité consultatif des denrées alimentaires, JOCE 1980, L 318/28; v. Art. 2 § 4 et Annexe. Sur ce comité en particulier, B. PEINEMANN, *Consultation at the Commission Level Socio-Professional Advice: Advisory Committee on Foodstuffs*, *LE DROIT DE L'ALIMENTATION DANS L'EUROPE D'AUJOURD'HUI*, A. Gérard (éd.), Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1987, 137-143.

²⁷⁹² Décision 75/420/CEE de la Commission du 26 juin 1975 relative à la création d'un comité consultatif des denrées alimentaires, JOCE 1975, L 182/35.

²⁷⁹³ Décision 78/58/CEE de la Commission du 30 juin 1978 portant modification de la décision 75/420/CEE relative à la création d'un comité consultatif des denrées alimentaires, JOCE 1978, L 251/18.

²⁷⁹⁴ Voir en ce sens la Question écrite n° 1154/89 de M. James Ford à la Commission, JOCE 1990, C 303/11.

²⁷⁹⁵ E. VOS, *INSTITUTIONAL FRAMEWORKS OF COMMUNITY HEALTH AND SAFETY REGULATION. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 150.

sévèrement par la Commission²⁷⁹⁶. Sans doute trouve-t-elle un relais d'information plus fiable dans les contacts bilatéraux et *ad hoc* qu'elle entretient avec groupes industriels intéressés²⁷⁹⁷. Il en résulte une exclusion de fait: ceux qui souffrent le plus directement de cette mise en réserve sont les consommateurs. Les représentants de l'industrie continuent eux à trouver auprès de la DG III (Industrie), à laquelle le comité demeure rattaché, un accès privilégié²⁷⁹⁸. Dès lors une transformation du statut de ce Comité en comité obligatoire aurait sans doute pour effet d'accroître sa légitimité²⁷⁹⁹. Mais il est douteux que son efficacité réelle en sorte renforcée. Il vaudrait mieux, pour cela, remettre en cause l'approche générale adoptée par la Commission.

954. A un niveau plus général, à la suite du Sommet de Paris de 1972 invitant les institutions de la Communauté à « renforcer et à coordonner les actions en faveur de la protection des consommateurs », la Commission a institué un Comité consultatif des consommateurs. Ce Comité est composé de « représentants des organisations européennes de consommateurs ainsi que d'autres personnalités particulièrement qualifiées en matière de consommation »; il « a pour tâche de représenter les intérêts des consommateurs auprès de la Commission et donner des avis sur tous les problèmes relatifs à la conception et à la mise en œuvre de la politique et des actions en matière de protection et d'information des consommateurs, soit à la demande de la Commission, soit de sa propre initiative »²⁸⁰⁰. « Maintenir un contact étroit et continu avec les groupements de consommateurs au niveau de la Communauté », tel était l'objectif poursuivi par la Commission. A cet égard, le fonctionnement du Comité a déçu²⁸⁰¹. L'introduction par l'Acte unique européen d'une disposition stipulant que les propositions en matière de protection des consommateurs doivent revêtir un niveau de protection élevé fut l'occasion d'une réorganisation. Ainsi a été créé en 1989 le Conseil consultatif des consommateurs²⁸⁰². La vie de ce Conseil a également été marquée par de nombreux problèmes. Certaines organisations non représentées au sein du Conseil ont manifesté leur intention d'en faire partie²⁸⁰³. Le fonctionnement interne du Conseil fut en outre gêné par de profonds désaccords entre les organisations de consommateurs devant se

²⁷⁹⁶ Tel est l'avis d'un fonctionnaire de la DG III (Direction générale de l'industrie) qui décrit les réunions du Comité comme des « discussions du café du commerce » (propos rapporté par E. VOS, *op. cit.*, 149, note 227).

²⁷⁹⁷ En ce sens, C. JOERGES & J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, ELJ, 1997, 279; E. VOS, *op. cit.*, 176.

²⁷⁹⁸ « What has changed is simply that they now rely on personal bilateral contacts whereas they formerly have been meeting in a formalized setting » (C. JOERGES & J. NEYER, *Multi-Level Governance, Deliberative Politics, and the Role of Law*, EUI, Conference RSC, Florence, 9 et 10 décembre 1996, 43).

²⁷⁹⁹ En ce sens, Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61.

²⁸⁰⁰ Art. 1 et 2 de la Décision 73/306/CEE de la Commission du 25 septembre 1973 relative à la création d'un Comité consultatif des consommateurs, JOCE 1973, L 283/18.

²⁸⁰¹ L. KRÄMER invoque deux problèmes principaux: 1° la passivité des organisations membres du Comité; 2° la non-publication des avis du Comité par la Commission (*EEC CONSUMER LAW*, Kluwer, Deventer, 1986). Il faut ajouter que le Comité se plaint d'être consulté trop tard au cours du processus décisionnel, une fois que la Commission a pris sa décision, et en tout cas à la suite des groupes de pression industriels et financiers (L. MAIER, *Consumer Representation in the Organs of the European Community*, in *LES POLITIQUES COMMUNAUTAIRES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET DE L'ENVIRONNEMENT*, C. Kye (ed.), Story-Scientia, Bruxelles, 1995, 253).

²⁸⁰² Décision 90/55/CEE de la Commission du 17 décembre 1989 portant création d'un conseil consultatif des consommateurs, JOCE 1990, L 38/40.

²⁸⁰³ C'est le cas par exemple des organisations de locataires et des automobiles clubs (L. MAIER, *op. cit.*, 255).

partager les seize sièges qui leur étaient accordés²⁸⁰⁴. Enfin, comme le prouve « l'expérience acquise », « ce conseil n'est pas le cadre le plus approprié en ce qui concerne l'efficacité et la rapidité de la consultation »²⁸⁰⁵. En conséquence, la Commission décida en 1995 de remplacer le Conseil par un Comité des consommateurs²⁸⁰⁶. Structure indépendante et allégée²⁸⁰⁷, elle semble suivre un destin inéluctable: sa place étant considérée comme *subsidaire*, « quelques directions générales oublient de le consulter, bien que constamment rappelées à l'ordre par la DG XXIV, ou ne le font qu'après que la Commission a adopté sa proposition »²⁸⁰⁸. Il est significatif qu'« en ce qui concerne le pouvoir d'influence, le statut de membre d'un comité est très généralement considéré étant inférieur à une activité de lobbying informel, bien que supérieur à la participation à des comités plus formels comme le CES ou le COREPER »²⁸⁰⁹.

2. La représentation des intérêts dans les procédures de normalisation

955. L'expérience de la représentation des intérêts au sein de la normalisation européenne marque également les possibilités et les limites d'une intégration efficace des intérêts des consommateurs à côté de ceux des industriels concernés. Dès 1977, le CEN et le CENELEC publiaient un Mémoire sur « *Les intérêts des consommateurs et la préparation des normes* », recommandant la participation de ceux-là à celle-ci. Mais c'est seulement à partir de 1983 que les observateurs des consommateurs, choisis par le Conseil consultatif des consommateurs, étaient admis à participer aux réunions de ces organismes. Au terme d'un accord entre le BEUC et la Commission fut alors créé le « Secrétariat pour la coordination ». Ce Secrétariat, baptisé SECO, était chargé d'établir un réseau européen d'information pour la participation des consommateurs européens à la normalisation européenne, à l'appui des travaux des observateurs²⁸¹⁰. Enfin en

²⁸⁰⁴ Art. 3 de la Décision 90/55/CEE (modifié par l'art. 3 de la Décision 95/260/CE, JOCE 1995, L 162/37). Ainsi le BEUC (bureau européen des unions des consommateurs) contestait la qualité de représentants des consommateurs à l'ETUC (European Trade Unions Council) et à l'Euro-Coop (Communauté européenne des coopératives de consommation) (E. VOS, *op. cit.*, 151). Pour une présentation des différentes organisations européennes présentes dans ce champ, A.R. YOUNG, *Consumption without Representation? Consumers in the Single Market*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, 206-234.

²⁸⁰⁵ Préambule de la Décision 95/260/CE, JOCE 1995, L 162/37. En ce sens, A.R. YOUNG, *op. cit.*, 230: « *it functioned in a slow and bureaucratic fashion, with many decisions being taken only at three plenary sessions a year. Consequently, sometimes even when consulted during the drafting stage, the CCC was unable to deliver an opinion on a proposal until after the college of Commissioners has taken its decision* ».

²⁸⁰⁶ Décision 95/260/CE de la Commission du 13 juin 1995 portant création d'un comité des consommateurs, JOCE 1995, L 162/37.

²⁸⁰⁷ Consulté par la Commission, le nouveau Comité compte un nombre de membres réduit, soient un représentant de chacune des cinq organisations européennes de consommateurs et quinze représentants d'organisations et d'instituts nationaux; les réunions du comité sont présidées par un représentant de la Commission.

²⁸⁰⁸ A.R. YOUNG, *op. cit.*, 230-231.

²⁸⁰⁹ Cf. M.P.C.M. VAN SCHENDELEN, *EC Committees: Influence Counts More Than Legal Powers*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 34.

²⁸¹⁰ Sur les différentes étapes cette longue histoire, v. Secrétariat de l'ANEC, *LA PARTICIPATION DES CONSOMMATEURS A LA NORMALISATION. Analyse des modalités d'organisation de la coordination de la représentation des consommateurs en Europe*, ANEC 95/GA/56 (disponible sur le Site internet de l'ANEC: www.anec.org).

1984, un accord conclu entre la Commission et le CEN/CENELEC scellait la participation des consommateurs et des syndicats aux travaux des organismes européens de normalisation²⁸¹¹.

956. L'adoption de la « nouvelle approche » devait conduire les institutions communautaires à renouveler leur engagement à cet égard. Le Conseil et le Parlement adopteront en ce sens plusieurs Résolutions²⁸¹². Mais c'est surtout l'approche de la Commission qu'il faut retenir. Pour admettre la participation des consommateurs, celle-ci se référait à un théorème plus lointain, dans lequel elle voit le fondement du Marché commun. Ce théorème qui a fait florès depuis, c'est la proposition selon laquelle « la confiance dans les normes fixées est cruciale pour la Communauté »; or, « la participation des consommateurs au processus de normalisation est essentielle pour établir cette confiance »²⁸¹³; en conclusion, il convient de « persuader les organismes nationaux et européens de normalisation d'assurer une participation active des consommateurs, ainsi que de toutes autres parties intéressées (telles que fabricants, utilisateurs, commerçants et syndicats), à leur activité »²⁸¹⁴.

957. Décisive à cet égard sera la publication du Livre Vert de la Commission concernant le développement de la normalisation européenne. Les procédures de normalisation entrent alors dans une « phase de maturation », qu'on peut comparer à l'évolution des procédures économiques, au terme de laquelle les exigences de « légitimité » de la normalisation européenne doivent venir équilibrer les exigences d'« efficacité »²⁸¹⁵. Dans ce document, publié en 1991, la Commission recommande la participation directe, à tous les stades du processus de normalisation et à tous les niveaux de l'organisme concerné (depuis le groupe de travail jusqu'à l'Assemblée Générale), de toutes les parties concernées: non seulement les grandes entreprises, mais les petites et moyennes entreprises, non seulement l'industrie européenne mais « d'autres intéressés, tels que les consommateurs, les utilisateurs, les travailleurs »²⁸¹⁶ et, bientôt, « les organismes de protection

²⁸¹¹ *Orientations générales pour la coopération entre la Commission des Communautés européennes et les organismes européens de normalisation, le CEN et le CENELEC*, Accord conclu le 13 novembre 1984.

²⁸¹² Dans sa Résolution du 15 décembre 1986 concernant l'intégration dans les autres politiques communes de la politique à l'égard des consommateurs, le Conseil estimait que « des organismes représentatifs des consommateurs devraient participer de manière appropriée aux travaux des organisations nationales et internationales de normalisation lorsque les discussions portent sur des normes ayant trait à des produits de consommation » (JOCE 1987, C 3/1). Invitation renouvelée par une Résolution du Conseil du 4 novembre 1988 concernant le renforcement de la participation des consommateurs à la normalisation (JOCE 1988, C 293/1), renforcée par la Résolution du 9 novembre 1989 sur les priorités futures pour la relance de la politique de protection des consommateurs (JOCE 1989, C 294/1). En outre, la nécessité d'obtenir un soutien financier de la Communauté pour assurer cette participation de manière efficace, en particulier pour avoir accès aux compétences d'expert nécessaires, est soulignée par le Parlement européen dans sa Résolution de novembre 1988 sur la sécurité des consommateurs (JOCE 1989, C 12/72).

²⁸¹³ Communication de la Commission relative à la participation des consommateurs à la normalisation, 11 décembre 1987, COM(87) 617 final.

²⁸¹⁴ Recommandation de la Commission du 10 décembre 1987 concernant la participation et l'amélioration de la participation des consommateurs à la normalisation, JOCE 1988, L 23/26.

²⁸¹⁵ En ce sens, Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, §§ 8, 19.

²⁸¹⁶ Communication de la Commission concernant le développement de la normalisation européenne, *Action pour une intégration technologique plus rapide en Europe*, COM (90) 456 final, pts 33, 63.

de l'environnement»²⁸¹⁷. Le principe ainsi promu est celui d'une « gestion autonome et démocratique de la normalisation »²⁸¹⁸. A la fin de l'année 1992, le CEN annonçait des amendements à ses statuts en vue d'associer à ses travaux les partenaires économiques et sociaux. En ce qui concerne les consommateurs, il indiquait qu'il appartenait aux consommateurs eux-mêmes de décider de leur propre structure organisationnelle afin de devenir membre associé au CEN²⁸¹⁹.

958. Restait donc à établir les modalités concrètes de cette participation. L'idée originale du « réseau de consommateurs » allait orienter les différentes propositions. Elles aboutirent, en 1994, à la création de l'Association européenne pour la coordination de la participation des consommateurs à la normalisation (ANEC). L'ANEC est le sigle de la nouvelle structure de coordination se substituant au SECO. Elle dispose d'une structure verticale qui repose sur des représentants provenant des organisations nationales de consommateurs. Sa mission est à la fois de garantir la représentation des intérêts des consommateurs dans les travaux des institutions européennes de normalisation, mais aussi de formuler des commentaires sur des questions de politique générale en matière de normalisation européenne et sur des propositions de directives en rapport avec la normalisation. Elle bénéficie du statut de membre associé au CEN. A ce titre, elle ne dispose pas de droits de vote.

959. Malgré ces progrès, de nombreux problèmes demeurent. Bien qu'élargi, l'accès à certains intérêts reste limité. Même si les organismes de normalisation portent une attention croissante aux problèmes environnementaux, la participation des organisations de défense de l'environnement est encore insuffisante²⁸²⁰. En outre, le manque d'expertise et de ressources financières au niveau national reste l'un des principaux obstacles à la participation des consommateurs au sein des comités techniques et des groupes de travail. On comprend qu'« il n'est pas toujours facile de trouver suffisamment d'experts qualifiés qui souhaitent agir en tant que représentants des consommateurs »²⁸²¹. Enfin le principal obstacle à une participation efficace réside dans le fait que le fonctionnement de l'ANEC dépend en grande partie de la bonne volonté de la Commission et des organismes européens de normalisation. La Commission a certes proposé une aide

²⁸¹⁷ Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *op. cit.*, SEC(98) 291, § 19; Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur le rôle de la normalisation en Europe, JOCE 2000, C 141/1, pts 12, 27, 39.

²⁸¹⁸ Communication de la Commission (Suite donnée au « Livre vert » de la Commission), *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne*, JOCE 1992, C 96/2, pt 18. En ce sens également, Résolution du Conseil du 18 juin 1992 concernant le rôle de la normalisation européenne dans le cadre de l'économie européenne, JOCE 1992, C 173/1, pt 19, pts 32 et ss.

²⁸¹⁹ Cf. Secrétariat de l'ANEC, *LA PARTICIPATION DES CONSOMMATEURS A LA NORMALISATION. Analyse des modalités d'organisation de la coordination de la représentation des consommateurs en Europe*, ANEC 95/GA/56 (disponible sur le Site internet de l'ANEC: www.anec.org), 11.

²⁸²⁰ Ce constat est partagé par la Commission (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, § 19). Cf. J. FALKE, *Achievements and Unresolved Problems of European Standardization: The ingenuity of Practice and the Queries of Lawyers*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 187-224.

²⁸²¹ L. MAIER, *op. cit.*, 251.

financière aux partenaires sociaux intéressés²⁸²². Mais il lui a été reproché de ne soumettre ses propositions aux représentants qu'après un délai beaucoup trop long, privant leur participation de toute efficacité²⁸²³. Au demeurant, dépourvus de droits de vote, l'influence des consommateurs demeure, au sein des organismes de normalisation, hypothétique²⁸²⁴. N'est-il pas significatif de voir les organisations de consommateurs et l'ANEC lui-même développer une activité de lobbying directement auprès de ces organismes²⁸²⁵ et de la Commission²⁸²⁶? C'est sans doute que la voie *ad hoc* et bilatérale est jugée plus efficace.

960. Le théorème demeure, cependant. Afin d'établir la confiance, le système européen de normalisation « doit être organisé *par et pour les parties intéressées* et être fondé sur la cohérence, la transparence, l'ouverture, le consensus, l'indépendance par rapport aux intérêts particuliers, l'efficacité et la prise de décision sur la base de représentations nationales »²⁸²⁷. Afin de lui donner cette assise "démocratique", la Commission a proposé la création un « Forum européen de normalisation »²⁸²⁸. Ce dernier aurait pour tâche d'« instaurer un dialogue permanent entre les organismes européens de normalisation et les principaux partenaires socio-économiques engagés dans l'activité de normalisation ». La composition de ce Forum devrait assurer « la participation la plus large possible des intéressés et un équilibre raisonnable entre les intérêts de niveau national et européen ». Que faut-il penser de cette proposition? Il faudrait plus de précisions sur le fonctionnement réel de cet organe. Sans valeur est une proposition qui ne ferait qu'ajouter un nouvel organe consultatif aux nombreux comités existants. Il en va ainsi tant qu'il s'agit de donner des avis généraux, consensuels et non contraignants sur « les grands thèmes relevant de la politique de normalisation en Europe »²⁸²⁹. Mais cette proposition est intéressante si elle signifie l'organisation d'une confrontation réelle entre les représentants nationaux, la Commission, les industriels et les partenaires sociaux. En ce cas, cependant, n'est-il pas préférable de redéfinir l'organisation du Comité 83/189, composé de représentants désignés par les Etats membres, et dont le rôle est considérable à toutes les étapes du processus de normalisation²⁸³⁰?

²⁸²² Communication de la Commission (Suite donnée au « Livre vert » de la Commission), *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne*, JOCE 1992, C 96/2, pts 36-37.

²⁸²³ Cf. E. VOS, *op. cit.*, 302.

²⁸²⁴ Notons cependant que la proposition faite par les groupes d'intérêt de se voir reconnaître le droit de vote ne semble pas être la solution. Non seulement il est douteux que les organismes de normalisation y consentent jamais, mais, serait-elle admise, cette réforme ne ferait que précipiter le passage du consensus au vote majoritaire, auquel la Commission est depuis longtemps favorable: la position des partenaires sociaux serait alors largement minoritaire (Communication de la Commission concernant le développement de la normalisation européenne, *Action pour une intégration technologique plus rapide en Europe*, COM (90) 456 final, pt 37).

²⁸²⁵ E. VOS, *op. cit.*, 301.

²⁸²⁶ A.R. YOUNG, *op. cit.*, 233.

²⁸²⁷ Cons. 24 de la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE 1998, L 204/37 (nous soulignons).

²⁸²⁸ Communication de la Commission (Suite donnée au « Livre vert » de la Commission), *Normalisation dans le cadre de l'économie européenne*, JOCE 1992, C 96/2, pts 41 et ss.

²⁸²⁹ Or c'est bien le sens de la proposition de la Commission (v. pts 41 et 42 b., où il est rappelé que le Forum adopte des résolutions qui, bien qu'elles n'ont aucune valeur contraignante, « auraient sans nul doute un poids considérable »!).

²⁸³⁰ En ce sens, v. E. VOS, *op. cit.*, 303. Sur ce comité, Directive 83/189/CEE du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE 1983,

3. Le développement des forums en matière environnementale

961. Le Forum, telle est justement la forme institutionnelle choisie dans le domaine de l'environnement en vue de mettre en œuvre le principe d'ouverture démocratique. A la suite du Cinquième programme pour l'environnement, un Forum général consultatif en matière d'environnement a été institué²⁸³¹. Ce Forum peut être consulté par la Commission sur tous les problèmes relatifs à la politique communautaire de l'environnement. Il est composé de « personnalités éminentes provenant des secteurs de la production, du monde des affaires, des autorités régionales et locales, des associations de défense des consommateurs et de l'environnement ». Des experts extérieurs peuvent être invités, mais ils ne participent aux délibérations que « pour la seule question ayant motivé leur présence ». Ayant prouvé son utilité comme « *lieu de consultation et de dialogue entre les représentants des secteurs concernés* », le Forum a été réformé en 1997 dans le but de renforcer son caractère public et de lui accorder davantage d'indépendance²⁸³². Au lieu d'être présidé par un représentant de la Commission, il est maintenant doté d'un président désigné par la Commission parmi les membres du Forum.

962. Cette institution procède donc bien d'une volonté d'étendre le nombre de participants à la définition de la politique communautaire de l'environnement. La même intention est là encore, qui correspond à l'entrée de la régulation sociale dans une « phase de maturation ». Remarquons toutefois que les pouvoirs de cet organe sont très limités. Ces délibérations portent sur les demandes d'avis formulées par la Commission, et ses avis ne sont pas contraignants. D'autre part, son mode de fonctionnement est très éloigné de celui d'une procédure impartiale et contradictoire. Les délibérations sont consensuelles, et elles ne font l'objet d'aucun vote. Au total, l'existence d'une telle structure n'a point eu pour effet de limiter les activités de lobbying, bien au contraire²⁸³³. Reste qu'à ce jeu les grandes industries sont avantagées²⁸³⁴.

963. Cette institution connaît une application locale intéressante. En vue de la définition des produits et des critères écologiques spécifiques susceptibles de donner droit à l'attribution du label écologique, la Commission consulte un « forum de consultation » composé de différents groupes d'intérêt provenant de l'industrie, du commerce, des organisations de consommateurs et

L 109/8, modifiée et codifiée par la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE 1998, L 204/37.

²⁸³¹ Décision 93/701/CE de la Commission du 7 décembre 1993 relative à la création d'un Forum général consultatif en matière d'environnement, JOCE 1993, L 328/53.

²⁸³² Décision 97/150/CE de la Commission du 24 février 1997 relative à la création d'un Forum consultatif européen pour le développement durable, JOCE 1997, L 58/48, Cons. 6.

²⁸³³ Cf. S. MAZEY & J. RICHARDSON, *Environmental Groups and the EC: Challenges and Opportunities*, in *A GREEN DIMENSION FOR THE E.C. POLITICAL ISSUES AND PROCESSES*, D. Judge (ed.), Frank Cass, London, 1993, 109-128.

²⁸³⁴ Et que dire si elles décident d'adopter elles-mêmes une forme apparemment identique: ainsi du Forum pour la biodiversité en Europe (D. CHALMERS, *Inhabitants in the Field of EC Environmental Law*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW*, P. Craig & G. de Búrca (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, 675).

des organisations de protection de l'environnement²⁸³⁵. Les résultats de la consultation sont transmis au comité composé des représentants des Etats membres, lequel émet l'avis sur le projet des mesures à prendre que la Commission devra prendre en compte²⁸³⁶. Le place réelle du Forum apparaît donc mineure. Malgré la forte teneur scientifiques des questions posées dans ce secteur, les scientifiques indépendants sont absents²⁸³⁷. D'ailleurs la Commission envisage de supprimer le Forum. Il serait remplacé par une association indépendante regroupant les organismes compétents nationaux, ayant pour fonction d'établir et de réexaminer périodiquement les critères d'attribution du label écologique. Auprès de la Commission le comité composé des représentants des Etats membres subsisterait, mais sous la forme d'un simple comité consultatif²⁸³⁸.

964. Cette proposition démontre le caractère tout aussi symbolique que limité de cette forme de consultation. Assurément il s'agit plus d'une modalité générale et abstraite de participation que d'un droit réel au débat contradictoire. En définitive, la représentation des intérêts a pour objet d'accomplir une seule fonction: la légitimation *a posteriori* des choix effectués par les autorités compétentes, qu'elles soient scientifiques, économiques ou politiques. Sans doute cette fonction de légitimation ne doit-elle pas être négligée. Mais elle ne saurait suffire: une participation réelle ne peut s'instaurer que dans la mesure où les intérêts à la fois scientifiques, politiques, économiques et sociaux sont rassemblés, ordonnés et confrontés, suivant une procédure publique, impartiale et contradictoire.

B. L'instauration d'un cadre commun

965. Peut-on trouver une justification commune à des formules participatives aussi disparates? Du moins est-il possible de discerner une même ligne d'évolution. Ce qui domine toutes ces relations, c'est un **principe d'ouverture**. Celui-ci trouve son expression la plus élevée à l'article premier du traité sur l'Union européenne: « *Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens* ». D'une manière générale, c'est un fait digne de remarque que l'intérêt croissant porté aux thèmes de la « démocratie » et de « société civile » dans le débat européen. Depuis la création de l'Union européenne, cet intérêt n'est plus le fait exclusif de la doctrine. Il a été récupéré les institutions et les acteurs concernés²⁸³⁹. Ce principe affecte aujourd'hui

²⁸³⁵ Art. 6 du Règlement 880/92 du Conseil du 23 mars 1992 concernant un système d'attribution du label écologique, JOCE 1992, L 99/1.

²⁸³⁶ Art. 7 §§ 3 et 4: « La Commission arrête les mesures envisagées lorsqu'elles ne sont conformes à l'avis du comité. Lorsque les mesures envisagées ne sont pas conformes à l'avis du comité ou en l'absence d'avis, la Commission soumet sans tarder au Conseil une proposition relative aux mesures à prendre. Le Conseil statue à la majorité qualifiée ».

²⁸³⁷ En ce sens, L. BOY, *L'éco-label communautaire, un exemple de droit post-moderne*, RIDE, 1996, 93.

²⁸³⁸ Art. 5 et 13 de la Proposition de règlement (CE) du Conseil établissant un système communautaire révisé d'attribution du label écologique, 19 mars 1997, COM(96) 603 final.

²⁸³⁹ Sur ce point, D.M. CURTIN, *op. cit.*, 185-280, not. 248 et ss. Dans ce mouvement, on peut imaginer qu'il y a un point qui devrait être considéré comme central et fédérateur. S'il existe, c'est là qu'entend se situer aujourd'hui le Comité économique et social. Le CES se présente en quelque sorte comme « le Forum des forum » dans un avis récent qui s'apparente à un véritable acte d'auto-refondation. Dans l'Avis du 22 septembre 1999 sur « *Le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne* », il déclare ainsi que

l'ensemble de la régulation sociale communautaire. Il exprime bien l'idéal vers lequel tend aujourd'hui l'action administrative communautaire. Il en révèle, du même coup, les limites.

1. L'idéal d'une « démocratie participative »

966. Alors que « l'analyse de risque » peut être considérée comme la forme générale des procédures d'expertise, c'est le dialogue, considéré comme technique d'accord civil, qui rassemble l'ensemble des procédures participatives. Dans sa communication sur « *La promotion du rôle des associations et fondations en Europe* », la Commission s'assigne comme "nouvel objectif politique" « la construction, à terme, d'un véritable **dialogue civil** au niveau européen complétant le dialogue politique avec les autorités nationales et la dialogue social avec les partenaires sociaux »²⁸⁴⁰. A la différence du dialogue social, le dialogue civil ne possède pas de base expresse dans le traité²⁸⁴¹.

967. Les partenaires de ce dialogue doivent être entendus largement. La Commission retient, dans le cadre du dialogue civil, la notion d'"organisation non gouvernementales"(ONG), qui qualifie « toute une gamme d'organisations » non lucratives, indépendantes et désintéressées quant à leurs objectifs et aux valeurs qu'elles défendent²⁸⁴². En ce sens, elle exclut les groupements défendant les intérêts commerciaux ou professionnels de leurs membres. Cela ne veut pas dire que les partenaires économiques ne sont pas associés aux procédures de décisions. Cette participation existe de longue date et elle s'avère très utile à l'équilibre du processus de

« le dialogue civil est prédestiné à devenir un forum de communication de la société civile au niveau communautaire ». Déplorant que « la Commission mentionne seulement la Commission et le Parlement comme enceintes de dialogue avec le citoyen, sans faire allusion au Comité », il prend soin de préciser que, « étant appelé à servir de forum de la société civile organisée, le Comité est en mesure à la fois de garantir la proximité vis-à-vis des citoyens et de contribuer au processus démocratique de définition de la volonté » (JOCE 1999, C 329/30); v. également S. SMISMANS, *op. cit.*, 557-582. D. GADBIN note également que « la promotion du dialogue avec la société civile, revendiquée au plan communautaire par la Commission et le Comité économique et social, paraît curieusement très en vogue à travers les sources du droit international, et pas seulement celles qui touchent le domaine environnemental. La participation des acteurs non étatiques sera encouragée dans Lomé V » (*op. cit.*, 3, n. 7). Rien de si étonnant si l'on songe que ce thème rejoint celui de la « *bonne gouvernance* », qui semble avoir tant d'importance aujourd'hui dans les relations extérieures de la Communauté.

²⁸⁴⁰ Communication de la Commission, *La promotion du rôle des associations et fondations en Europe*, COM(97) 241 final, 9 (nous soulignons).

²⁸⁴¹ A l'en croire, la Commission pourrait tout de même s'appuyer sur la Déclaration n° 23 annexée au traité de Maastricht. Celle-ci, relative à la coopération avec les associations de solidarité, souligne « l'importance que revêt, dans la poursuite des objectifs de l'article 117 du traité instituant la Communauté européenne [actuel 136 concernant les « Dispositions sociales »], une coopération entre celle-ci et les associations de solidarité et les fondations en tant qu'institutions responsables d'établissements et de services sociaux » (JOCE [1992], C 191/103). Au demeurant, on notera que certaines ONG ont évoqué la possibilité d'établir dans le traité une base juridique pour les relations avec les ONG lors de la CIG qui se déroule actuellement; v. également, en ce sens, E. DECAUX, *Human Rights and Civil Society*, in *THE EUROPEAN UNION AND HUMAN RIGHTS*, P. Alston (ed.), EUI, Oxford University Press, Oxford, 1999, 899-917.

²⁸⁴² Document de discussion de la Commission, *La Commission et les organisations non gouvernementales: le renforcement du partenariat*, COM(2000) 11 final. Cette notion recouvre logiquement les vieux thèmes de « l'idéologie associative » qui conçoit la société civile comme « ne se réduisant pas à la sphère privée (...) l'association n'est pas le simple prolongement des volontés individuelles » et « ne se confondant pas avec la sphère des rapports marchands (...) la société civile est le lieu de la *solidarité* et non du profit » (J. CHEVALLIER, *Des associations dans l'orbite de l'Etat?*, in *CITOYENS ET POUVOIRS EN EUROPE*, V. de Coorebyter (dir.), Syros, Paris, 1993, 69).

décision²⁸⁴³. Simplement, la Commission entend aujourd'hui souligner le traitement privilégié qui doit être reconnu aux groupes à caractère social, longtemps tenus à l'écart de ces procédures. En outre, la Commission ne fait pas de différence selon que la consultation est formelle ou informelle. Ce sont des degrés différents d'une même relation de « partenariat » entretenue avec les groupes intéressés²⁸⁴⁴.

968. A côté de la démocratie représentative, pour la compléter et non pour s'y substituer²⁸⁴⁵, le dialogue civil aboutit à l'instauration d'une « démocratie participative » dans l'Union européenne²⁸⁴⁶. Tel est l'idéal affirmé par le document de discussion présenté par le Président de la Commission, R. Prodi, en janvier 2000²⁸⁴⁷. D'apparence classique, le sens donné à cette notion témoigne cependant d'une remise en cause profonde de « deux piliers de nos conceptions classiques de la démocratie » : le premier est le « formalisme, tel qu'il s'incarne notamment dans la compréhension du principe de légalité », fondement de l'Etat de droit; le second est le « principe de participation démocratique », tel qu'il résulte d'une conception classique de la représentation et de la volonté générale²⁸⁴⁸.

a) Le rejet de la « judiciarisation »

969. L'arrêt de la Cour *Greenpeace Council e.a./Commission* du 2 avril 1998 illustre bien le premier point²⁸⁴⁹. La paradoxe d'une procédure administrative ouverte et d'une procédure judiciaire qui demeure fermée forme la trame de cet arrêt. L'affaire concerne une décision de la Commission de 1991 d'accorder, en application du règlement du Conseil relatif au Fonds européen de développement régional, une aide financière à l'Espagne pour la construction de deux centrales électriques sur les îles de Grande-Canarie et de Ténérife. Cette aide doit être versée en plusieurs tranches. Les requérants informent dès 1991 la Commission de l'existence d'irrégularités dans la procédure du fait que les autorités nationales auraient omis d'effectuer une évaluation des incidences du projet sur l'environnement conformément à la Directive 85/337²⁸⁵⁰. Au même moment, les requérants contestent la validité des autorisations administratives devant les juridictions espagnoles, et l'association Greenpeace Espagne contacte la Commission pour s'opposer à la décision de verser la dernière tranche de financement. A l'encontre de cette

²⁸⁴³ En ce sens, D. GADBIN, *op. cit.*, 1-46.

²⁸⁴⁴ Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 2.1.

²⁸⁴⁵ La Commission prend soin de préciser que « le processus de prise de décision dans l'Union européenne est tout d'abord légitimé par les représentants élus des citoyens européens », et « dans ce contexte, le dialogue entre la Commission européenne et les ONG complète utilement le processus institutionnel au niveau politique » (Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 1.3.1., 2.; nous soulignons).

²⁸⁴⁶ Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 6. Sur cette notion, v. également E. NAIM-GESBERT, *LES DIMENSIONS SCIENTIFIQUES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-Vubpress, Bruxelles, 1999, not. 675 et ss.

²⁸⁴⁷ Document de discussion publié le 18 janvier 2000, COM(2000) 11 final.

²⁸⁴⁸ J. DE MUNCK & J. LENOBLE, *Droit négocié et procéduralisation*, in *DROIT NEGOCIE, DROIT IMPOSE?*, P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (dir.), Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1996, 178-179.

²⁸⁴⁹ CJCE, 2 avril 1998, *Greenpeace Council e.a./Commission*, C-321/95 P, I-1651.

²⁸⁵⁰ Directive du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOCE 1985, L 175/40, modifiée en dernier lieu par la Directive 97/11/CE du Conseil du 3 mars 1997, JOCE 1997, L 73/5.

dernière décision, l'ensemble des requérants décident d'introduire un recours en annulation devant le juge communautaire. Le Tribunal déclarant le recours irrecevable dans une ordonnance du 9 août 1995, un pourvoi a été formé²⁸⁵¹.

970. L'assouplissement des conditions de recevabilité du recours en annulation opéré progressivement par la Cour de justice, sur la base d'une participation à la procédure, concernait jusque-là essentiellement la *régulation économique*. Dans ces matières, le juge communautaire visait l'accès au juge soit des tiers directement intéressés, constitués en cercles restreints, soit des associations d'entreprises et des syndicats de travailleurs des entreprises concernées. Cet élargissement peut-il être généralisé²⁸⁵²? La jurisprudence rendue en matière de *régulation marchande* incite plutôt à la prudence²⁸⁵³. Néanmoins, la nature spéciale et « procédurale » de la *régulation sociale* ne devrait-elle pas conduire à un alignement avec les solutions adoptées en matière économique?

971. La question ne se résume pas à un problème de technique juridique. Transposer cette jurisprudence au droit de l'environnement signifie l'ouverture du prétoire à une multitude d'intérêts sociaux, diffus et fragmentés. Le risque est grand alors d'accroître le nombre des recours dans un contexte de surcharge déjà patent. Mais l'enjeu est à la mesure du risque: il s'agit de favoriser l'émergence d'intérêts collectifs et d'une véritable « société civile » européenne et délibérative. Tandis que la recevabilité des groupes intéressés trouve, en matière de régulation économique, une justification d'ordre principalement économique — économiser le coût d'actions individuelles —, le problème revêt en matière de régulation sociale une signification politique et démocratique²⁸⁵⁴. Dans ce sens, l'avocat général Cosmas note « la nouveauté » de la question posée dans cette affaire²⁸⁵⁵.

²⁸⁵¹ TPICE, 9 août 1995, *Greenpeace/Commission*, T-585/93, II-2205. Dans cette ordonnance, le TPICE s'en tient à la jurisprudence « constante » et restrictive de la Cour. S'agissant des requérants individuels, le Tribunal applique la jurisprudence classique *Plaumann* de 1963, considérant que l'assouplissement du critère du lien individuel dégagé dans « des affaires concernant des intérêts de nature économique » ne s'applique aux affaires concernant des intérêts de nature environnementale. S'agissant des associations requérantes, le Tribunal applique la jurisprudence classique *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes* de 1962, considérant que les tempéraments apportés à cette jurisprudence en matière économique ne s'applique pas aux associations de défense de l'environnement.

²⁸⁵² En ce sens, A. ALBORS-LLORENS, *PRIVATE PARTIES IN EUROPEAN COMMUNITY LAW. Challenging Community Measures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 223.

²⁸⁵³ On sait la réticence du juge à admettre l'« intervention autonome » dans la procédure comme base de la recevabilité des recours. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Asocarne/Conseil*, une association agricole espagnole s'appuie sur une jurisprudence rendue en matière d'aides pour estimer que l'intérêt individuel est établi sur la base de la participation à la préparation de la directive attaquée. Selon la Cour, il est essentiel de distinguer en une procédure organisée sur la base de l'article 43 [actuel 37] et une procédure organisée sur la base de l'article 93 [actuel 88]. Car « il serait contraire aux termes et à l'esprit de l'article 173 du traité de permettre à tout particulier, dès lors qu'il a participé à la préparation d'un acte de nature législative, d'introduire ensuite un recours contre cet acte » (CJCE (Ordonnance), 23 novembre 1995, *Asocarne/Conseil*, C-10/95 P, pt 18, I-4156-4157, pt 40, I-4162). Il en a été jugé de même en matière de mesures de sauvegarde (TPICE (Ordonnance), 3 juin 1997, *Merck e.a./Commission*, T-60/96, II-849, not. pts 72-75, II-875). La jurisprudence récente plus souple rendue dans le domaine de la régulation sociale, à la suite de l'affaire *Cordoniu* (C-309/89, [1994] I-1853) fonde sur l'effet de la mesure en cause sur les « droits spécifiques » du requérant, non sur la base des droits procéduraux (en ce sens, CJCE, 24 avril 1996, *CNPAAP/Conseil*, C-87/95 P, I-2003, pt 36).

²⁸⁵⁴ Cf. O. DE SCHUTTER, *L'accès des groupements à la justice communautaire*, JTDE, 1999, 153-160.

²⁸⁵⁵ Conclusions de l'avocat général Cosmas, [1998] I-1669.

972. Les arguments des parties méritent d'être exposés brièvement. Admettre la recevabilité de ce recours, ce n'est pas seulement assurer l'effectivité du droit communautaire; c'est aussi respecter les exigences de la « Communauté de droit » et de la protection juridictionnelle due aux individus²⁸⁵⁶. Dans cette affaire, la position des requérantes se veut à la fois *réaliste et morale*. A l'opposé se tient la Commission, à la fois *formaliste et pragmatique*. Il importe selon elle de revenir « à la lettre du traité ». A supposer même que les requérants jouissent de droits au terme de la directive 85/337, le fait que ces droits sont protégés dans le cadre des procédures administratives et judiciaires nationales lui paraît suffisant. Selon l'avocat général Cosmas, l'irrecevabilité du recours résulte du fait que la participation ne concerne pas *directement* la procédure communautaire²⁸⁵⁷. C'est sur cette idée que la Cour va s'appuyer. Au terme d'un dispositif très bref, elle rappelle la « jurisprudence constante de la Cour », s'agissant d'une part de la recevabilité des personnes physiques, d'autre part de celle des associations²⁸⁵⁸. En l'espèce, les intérêts et les droits environnementaux tirés du droit communautaire ne sont pas touchés *directement* par la décision de la Commission²⁸⁵⁹. Au demeurant, ces droits ne sont pas démunis de toute protection juridictionnelle, puisqu'ils sont protégés par les juridictions nationales²⁸⁶⁰.

973. Nous reviendrons sur ce dernier point plus loin. Notons seulement l'apparente contradiction entre une procédure administrative qui favorise la participation et une procédure

²⁸⁵⁶ L'argumentation des requérantes se développe en réalité suivant trois étapes: 1° La protection de l'environnement est « un objectif essentiel de la Communauté » dont on peut tirer des droits subjectifs. De tels droits découlent par exemple de la directive 85/337: droits *procéduraux* d'information et de participation dont les requérants sont titulaires; 2° Il s'ensuit que les requérants sont individuellement et directement concernés par la décision de la Commission. En tout état de cause, les conditions de recevabilité doivent être appréciées de manière souple sous peine de créer un « *vide juridique* ». Car suivre le raisonnement du Tribunal aboutirait au résultat paradoxal selon lequel plus les intérêts affectés sont nombreux, plus difficile est l'introduction d'un tel recours. Or, étant un « bien public partagé », l'environnement intéresse un grand nombre d'intérêts, qui mérite d'être universellement protégé; 3° Par conséquent, il faut revoir la jurisprudence de la Cour et admettre de nouveaux critères d'interprétation des conditions de recevabilité: intérêt personnel, préjudice direct (§ 29); 3bis° Le même raisonnement s'applique aux associations pour la protection de l'environnement. Elles doivent disposer d'un intérêt autonome et direct à la contestation de la décision.

²⁸⁵⁷ D'accord avec les requérantes pour reconnaître certains droits procéduraux juridiquement protégés: ceux-ci découlent de la dimension publique et même « sociale » de la protection de l'environnement. Reste que les conditions de recevabilité posées par le traité pour ce type de recours ne sauraient en aucun cas être modifiées. S'il est vrai que la Cour a elle-même admis l'assouplissement des conditions, celui-ci ne concerne pas la procédure de la directive 85/337 en matière d'environnement. La raison principale en est semble-t-il que les droits tirés ici du droit communautaire ne sont que des « droits indirects ». Ils se rattachent à la procédure organisée par les autorités nationales, que la Commission a seulement pour devoir de contrôler. « Cette obligation consiste à contrôler l'application de la législation communautaire par les autorités nationales qui concrétisent les projets des travaux financés et ne vise pas expressément la protection de certains sujets de droit » (§ 96, I-1691). Il reconnaît cependant qu'un assouplissement s'avère nécessaire même en cette matière: des droits, qui sont accordés sur la base d'un intérêt public partagé, méritent d'être protégés. Une solution serait de reconnaître un droit de recours à ceux des personnes intéressées qui appartiennent à une cercle fermé défini par l'appartenance à une zone géographique déterminée (§ 104). Mais il apparaît que ce critère ne s'applique pas à la présente affaire (§§ 110 et ss.). Un nouvel élargissement s'avère également nécessaire à l'égard des associations qui pourrait être fondé sur la reconnaissance d'un intérêt spécifique au recours. Mais c'est cette fois pour des raisons pratiques de gestion du contentieux que cet élargissement ne peut être admis (§§ 117 et ss.).

²⁸⁵⁸ CJCE, 2 avril 1998, *Greenpeace Council e.a./Commission*, C-321/95 P, pts 27 à 29, I-1715.

²⁸⁵⁹ Ibid., pts 30 et 31, I-1715.

²⁸⁶⁰ Ibid., pts 32 et 33, I-1716.

juridictionnelle qui demeure fermée. La Commission est très attachée à l'amélioration de l'accès à la justice d'organisations représentatives dans le domaine de l'environnement ou des consommateurs au niveau national²⁸⁶¹. Mais elle refuse la « judiciarisation » de sa propre action. Le contraste est frappant avec le modèle d'évolution offert par le droit américain, qui tend à une « judiciarisation » de plus en plus poussée de la procédure administrative au niveau fédéral²⁸⁶². C'est que la procédure américaine est conçue sur le modèle de la représentation rigide des intérêts. Au contraire, il est caractéristique de l'idéal d'une participation ouverte et flexible, telle qu'elle est promue par la Communauté, que la voie contentieuse soit écartée.

974. La procédure communautaire s'organise autour d'un partage de responsabilités entre la Commission et les « autorités compétentes ». L'avocat général Cosmas rappelle que « dans les cas où la Cour s'est fondée sur l'existence de garanties procédurales pour admettre que les requérants avaient qualité pour agir, il s'agissait d'une procédure relevant simplement du droit communautaire et organisée exclusivement par les institutions communautaires »²⁸⁶³. Dès lors que la procédure relève pour partie des autorités nationales, l'organisation de la participation n'incomberait plus à la Commission. Il suffit qu'un contrôle national existe; grâce au système du renvoi préjudiciel, il pourra communiquer avec la Cour de justice. On voit que le souci dominant ici, n'est pas la protection des intéressés mais plutôt l'effectivité de la réglementation communautaire²⁸⁶⁴.

975. Mais cette analyse est fragile, juridiquement: en l'espèce, ne s'agit-il pas de droits tirés du droit communautaire qui restent sous le contrôle de la Commission²⁸⁶⁵? Plus encore que leur place, c'est la nature de ces droits qui est en cause. Ce ne sont pas des garanties formelles de protection individuelle²⁸⁶⁶. Les droits procéduraux ne sont ici conçus que comme des relais pour la circulation de l'information. C'est que « le principe de protection juridique individuelle et subjective, considéré comme décisif dans l'interprétation actuelle du principe de légalité, doit être limité, dès lors qu'on attend, de la part de l'administration publique, une participation active à la

²⁸⁶¹ Cf. Commission des C.E., *Proposition de décision du Conseil relative à la signature par la Communauté européenne de la convention CEE/NU sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement*, COM(1998), 344 final; Communication de la Commission, *Mise en œuvre du droit communautaire de l'environnement*, COM(96), 500 final, 13-15. De même, en matière de protection des consommateurs, Commission des C.E., *Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique*, COM(93) 573 final.

²⁸⁶² De ce point de vue, on ne peut admettre les analyses de V. HEYVAERT qui voit dans la jurisprudence communautaire le prélude à l'adoption de procédures plus formalisées sur le modèle américain: « *the relevance of this conclusion lies in the potential it opens for comparative studies, and for Europe to learn from American experiences with rigorous procedures and "hard look" reviews* » (*The changing role of science in environmental regulatory decision-making in the European Union*, RAE, 1999, 440).

²⁸⁶³ Conclusions de l'avocat général Cosmas, § 96, [1998] I-1691.

²⁸⁶⁴ Cf. Communication de la Commission, *Mise en œuvre du droit communautaire de l'environnement*, COM(96), 500 final; Communication de la Commission, *Une stratégie pour intégrer l'environnement dans les politiques de l'UE*, COM(1998), 333 final.

²⁸⁶⁵ Il est piquant de constater que, dans une note de bas de page, l'avocat général se fonde sur cet argument pour développer une argumentation exactement contraire à celle qu'il retient dans ses conclusions, concluant à la possible annulation de l'ordonnance du Tribunal! (note 128, [1998] I-1698).

²⁸⁶⁶ C'est ainsi que le « public concerné » à l'élaboration de l'étude des incidences sur l'environnement au sens de la directive 85/337 « ne peut pas être considéré comme constituant un "cercle fermé", au sens de la jurisprudence de la Cour » (Conclusions de l'avocat général Cosmas, § 96, [1998] I-1691).

gestion écologique »²⁸⁶⁷. De manière générale, cette forme de régulation favorise la participation. Mais elle refuse tout formalisme excessif. Bien qu'elle soit organisée, la participation conserve néanmoins le caractère d'une *association*, non d'un droit de protection individuelle. Il n'est pas de parties directement protégées; il n'y a que des « parties intéressées » qui méritent, à tel ou tel stade, de « contribuer à l'élaboration des normes et à la gestion du processus »²⁸⁶⁸.

b) Le refus de la participation démocratique

976. Cette participation est aussi à l'opposé de la *représentation* classique en ce qu'il n'est plus d'accès garanti et figé à la procédure²⁸⁶⁹. Il faut insister sur la nouveauté de l'idée de participation introduite par la Commission. Plutôt qu'à des contacts clos, isolés et privilégiés, la notion de participation renvoie désormais au « réseau »²⁸⁷⁰. L'identité des parties est bien enregistrée²⁸⁷¹, mais elles ne sont plus assignées à des intérêts aisément identifiables et mobilisables. Dans le réseau, la représentation légitime de chacune des parties peut être chaque fois remise en question. Ainsi, le système communautaire a le mérite de ne jamais exclure l'apparition de nouveaux problèmes et de nouveaux partenaires avec lesquels la discussion s'impose.

977. Trois principes sont au fondement de cette participation. D'abord, la constitution d'un tel « système de réseaux » est fortement liée à la mise en place d'une politique de transparence par la Commission²⁸⁷². Le **principe de transparence** joue ici en deux sens. D'une part, « les ONG peuvent apporter des connaissances utiles à la définition des politiques européennes »²⁸⁷³. Aussi la Commission doit-elle s'efforcer d'améliorer l'information offerte aux ONG. La transparence facilite l'accès des groupes à la préparation des décisions²⁸⁷⁴, de sorte que la « rapide circulation d'informations » finit par créer une « compétence globale » au profit de la Commission, qui se trouve au centre du réseau²⁸⁷⁵. Mais d'autre part, les ONG jouent désormais le rôle de « relais d'information et d'opinion entre les pouvoirs publics et les citoyens »²⁸⁷⁶. En tant que

²⁸⁶⁷ P. KNOEPFEL, *Les cycles écologiques et le principe de légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité*, in *FIGURES DE LA LEGALITE*, C.-A. Morand (éd.), Publisud, Paris, 1992, 163.

²⁸⁶⁸ Ainsi dans le domaine de la normalisation, *Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur le rôle de la normalisation en Europe*, JOCE 2000, C 141/1, pt 27.

²⁸⁶⁹ Telle serait la caractéristique d'un modèle pluraliste ou élitiste, dans lequel certains groupes d'intérêts privés auraient un accès privilégié à la procédure de décision.

²⁸⁷⁰ Voir sur ce point l'analyse remarquable de B. KOHLER-KOCH (*Organized Interests in European Integration: The Evolution of a New Type of Governance?*, in *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, H. Wallace & A.R. Young (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1997, 42-68). Ici se trouve la ligne de démarcation entre le corporatisme traditionnel qui valorise les groupes d'intérêt isolés les uns des autres, et le néo-corporatisme, fondé sur la recherche d'une conciliation entre les différents segments de la société civile (D. GADBIN, *op. cit.*, 45, n. 145; C. HANNOUN, *Néo-corporatisme et interprofessionnalité (Regards sur la restructuration des espaces professionnels)*, RIDE, 1994, 45-61).

²⁸⁷¹ Un registre est établi depuis 1996.

²⁸⁷² En ce sens, J. RIDEAU, *op. cit.*, 51, 57.

²⁸⁷³ Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 1.3.3.

²⁸⁷⁴ Cf. Communication de la Commission, *Une transparence accrue dans les travaux de la Commission*, JOCE 1993, C 63/8.

²⁸⁷⁵ U. AYBERK & F.-P. SCHENKER, *op. cit.*, 725-755.

²⁸⁷⁶ Communication de la Commission, *La promotion du rôle des associations et fondations en Europe*, COM(97) 241 final, 8.

« multiplicateurs de l'information »²⁸⁷⁷, les « réseaux européens d'ONG apportent une contribution importante à la formation d'une "opinion publique européenne", généralement considérée comme une condition préalable à l'établissement d'une véritable entité politique européenne »²⁸⁷⁸. Du « partenariat » ne passe-t-on pas ainsi à « l'absorption »? Les ONG « contribuent aussi à promouvoir l'intégration européenne d'une manière pratique et souvent en partant de la base »²⁸⁷⁹. Le groupe est désormais regardé comme administrant non seulement son intérêt propre et l'intérêt de ses membres, mais aussi l'intérêt de la politique européenne. Cette « tendance à l'absorption » est un phénomène bien connu du monde associatif national²⁸⁸⁰. Seulement, au niveau communautaire, elle ne repose plus sur un « processus de bureaucratisation » et d'agrément. Elle est uniquement fondée sur la maîtrise et la dissémination de l'information.

978. En second lieu, la participation doit respecter certaines contraintes. Ce principe peut être appelé « d'ordre public », car il implique un partage clair des responsabilités²⁸⁸¹:

« Reconnaître l'importance du phénomène associatif pour la démocratie ne signifie nullement que les associations et fondations peuvent se substituer aux organes représentatifs issus des urnes. Le risque existe en effet qu'à force de promouvoir unilatéralement une seule cause, que celle-ci concerne une collectivité ou un groupe plus restreint d'individus, certaines associations perdent quelque peu de vue, ce qui serait injustifiable, qu'un des objectifs de tout gouvernement démocratiquement élu est de chercher à arbitrer entre des intérêts individuels divergents au profit de l'intérêt général. Il est nécessaire d'assurer une meilleure compréhension des *contraintes attachées à l'élaboration des décisions politiques*. »²⁸⁸²

Il s'ensuit, dans l'ordre communautaire, que « dans le domaine du dialogue politique, la Commission doit s'acquitter de ses responsabilités institutionnelles tout en offrant, *dans ces limites*, des possibilités de dialogue et de consultation aux ONG en tant que représentants de la société civile »²⁸⁸³. Ainsi dans le cadre des comités, les avis rendus ne sauraient lier la Commission: la position qu'elle adopte « est bien entendu du ressort de sa seule responsabilité politique »²⁸⁸⁴.

²⁸⁷⁷ Ibid., 16.

²⁸⁷⁸ Document de discussion de la Commission. *op. cit.*, 1.3.5.

²⁸⁷⁹ Ibid., 7. Ainsi « le développement de ce dialogue et de ce partenariat contribuera à améliorer la compréhension et à favoriser la réalisation de l'intégration » (Communication de la Commission, *op. cit.*, COM(97) 241 final, 16). Et cela, même si la Commission affirme par ailleurs « la nécessité de tenir compte de l'autonomie et de l'indépendance des ONG » (Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 4.2.)

²⁸⁸⁰ Cf. J. CHEVALLIER, *Des associations dans l'orbite de l'Etat?*, in *CITOYENS ET POUVOIRS EN EUROPE*, V. de Coorebyter (dir.), Syros, Paris, 1993, 67-77.

²⁸⁸¹ Cf. J. DE MUNCK & J. LENOBLE, *op. cit.*, 183.

²⁸⁸² Communication de la Commission, *op. cit.*, COM(97) 241 final, 8 (nous soulignons).

²⁸⁸³ Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 1.6. (nous soulignons).

²⁸⁸⁴ Telle est l'opinion exprimée par un haut responsable de la Commission (G. CLAVARINI-AZZI, *Comitology and the European Commission*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 51-52).

979. Subsiste le danger que le principe d'ouverture nuise à l'efficacité du processus décisionnel²⁸⁸⁵. Le **principe de l'efficacité** suppose donc que les groupes soient encouragés à « se regrouper dans des associations et des *réseaux communs au niveau européen*, étant donné que ces formes de collaboration facilitent considérablement le processus de consultation ». De manière générale, notent U. Ayberk et F.-P. Schenker, « nous observons actuellement le développement de deux types de réseaux au sein des groupes d'intérêt communautaires. Ces réseaux sont caractérisés, suivant les problèmes abordés, soit par une dimension hiérarchique et centralisée (réseau constitué autour de l'UNICE), soit par une dimension nettement plus souple sous forme de contact informel, direct et rapide (réseau constitué autour du CEN, du CENELEC, de l'AEME) ou même un mélange des deux. Ces réseaux fonctionnent avec des moyens modestes mais utilisent le support matériel de la Commission ». De ce fait, la Commission se présente en quelque sorte comme le « réseau des réseaux »²⁸⁸⁶. Chaque partenaire doit en outre faire la preuve de son expérience et de « la capacité de contribuer de manière substantielle à la discussion »²⁸⁸⁷. Sans une telle contrainte « argumentative » une consultation efficace s'avère impossible. C'est la condition pour « procéder à un large débat, en particulier avant de proposer des mesures législatives, afin d'améliorer la définition des actions et d'accroître leur efficacité »²⁸⁸⁸.

980. Ces trois principes trouvent une confirmation dans « la théorie discursive de la démocratie »²⁸⁸⁹. Cette théorie s'appuie sur les concepts de communication et d'interaction et conçoit la société civile organisée comme « un lieu d'apprentissage collectif »²⁸⁹⁰. Mais la question n'est pas seulement de discuter et d'apprendre, elle est aussi d'organiser la contradiction.

2. Les limites du dialogue civil

981. De ce système, il faut retenir qu'il permet à la fois d'échapper au formalisme traditionnel et d'établir la légitimité de l'action administrative hors du schéma démocratique classique. Ce sont deux points positifs pour l'efficacité et la légitimité de l'action administrative communautaire. Mieux même, à travers la mise en place de procédures de dialogue, le système favorise les compromis. Reste à saisir la nature de ces compromis. Ce qui soulève deux objections.

a) Des compromis partiels

982. Le système de représentation classique est « démantelé »²⁸⁹¹ au profit d'un système de médiation entre acteurs concernés, dont le poids dépend avant tout des ressources « systémiques »

²⁸⁸⁵ En ce sens, v. B. KOHLER-KOCH, *op. cit.*, 53.

²⁸⁸⁶ U. AYBERK & F.-P. SCHENKER, *op. cit.*, 753.

²⁸⁸⁷ Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 2.2.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*, 9.

²⁸⁸⁹ Comité économique et social, *Avis sur le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne*, JOCE 1999, C 329/30, 5.3.1.

²⁸⁹⁰ *Ibid.*, 7.2. Dans le même sens, J. DE MUNCK & J. LENOBLE évoquent un « nouveau dispositif cognitif qui vise à se construire comme un "learning process" dans un contexte radicalement incertain » (*op. cit.*, 182).

et « cognitives » qu'ils sont capables de mobiliser²⁸⁹². On sait que, dans les situations de régulation négociée, il y a un risque important de dérives particularistes, favorisant les intérêts les mieux organisés. Les autorités administratives sont des sujets faciles à une "colonisation" par des intérêts privés forts. Le droit communautaire en offre quelques exemples frappants²⁸⁹³. Mais là n'est pas la faiblesse principale des nouvelles formes procédurales²⁸⁹⁴. La "capture" est une pathologie propre à un système polycentrique, fermé et hiérarchisé²⁸⁹⁵. Dans un système ouvert, en réseau, ce n'est pas la capture, c'est l'exclusion qui constitue le risque principal.

983. D'une manière générale, le danger réside dans « la variante technocratique d'un paternalisme fondé sur le savoir »²⁸⁹⁶. Dans un processus décisionnel défini « cognitivement », conçu comme un processus d'apprentissage, le principe de participation est fortement associé à l'accès à l'information²⁸⁹⁷. On fait reposer la participation sur un principe de sélection des compétences²⁸⁹⁸. Du soin apporté à une mobilisation et à une conjugaison efficace des compétences individuelles dépend l'efficacité générale de la procédure décisionnelle. Mais la mise en œuvre d'une telle idée implique l'exclusion des voix les plus isolées et les moins organisées. C'est ce que montrent bien les exemples étudiés.

984. Certains auteurs ont placé leurs espoirs dans les possibilités techniques de la communication. Sous le nom de *Lexcalibur*, Joseph Weiler fait ainsi une proposition intéressante

²⁸⁹¹ Cf. P. DELWIT, J.-M. de WAELE & J. de MUNCK, *Europe: la représentation démantelée*, L'Evénement Européen, mars 1992, n°17, 143-156.

²⁸⁹² Sur ce point, voir les développements de Y. PAPADOPOULOS, *COMPLEXITE SOCIALE ET POLITIQUES PUBLIQUES*, Montchrestien, Paris, 1995, 72, 135 et ss. (« Cette procéduralisation ne reviendrait pas tant à forcer les uns à tenir compte des intérêts des autres, mais tendrait plutôt à favoriser les intérêts les mieux organisés »).

²⁸⁹³ Dans l'affaire *Technische Universität München*, il est apparu clairement que l'intérêt d'un grand groupe européen avait été favorisé par la commission chargée de prendre la décision, au détriment du respect de règles procédurales élémentaires comme l'impartialité (CJCE, 21 novembre 1991, *Hauptzollamt München-Mine/Technische Universität München*, C-269/90, I-5469). L'affaire de l'ESB, analysée dans la section précédente, en offre une autre exemple frappant.

²⁸⁹⁴ En ce sens, H. WALLACE, *op. cit.*, 12; H. WALLACE & A.R. YOUNG, *op. cit.*, 246.

²⁸⁹⁵ Ce n'est pas un hasard si cette pathologie a été la mieux étudiée aux Etats-Unis, qui a connu dès les années soixante-dix la mise en place d'un système administratif autonome dans un contexte polycentrique et centralisé au niveau fédéral.

²⁸⁹⁶ J. HABERMAS, *DROIT ET DEMOCRATIE. Entre faits et normes* (trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Gallimard, Paris, 1997, 343.

²⁸⁹⁷ En ce sens, E. NAIM-GESBERT s'étonne de ce que « l'article L. 200.1. du Code rural français, dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, consacre le principe de participation en l'assimilant au droit d'accès à l'information puisqu'il le définit comme le fait que chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement » (*op. cit.*, 659). Cela résulte-t-il d'une « rédaction malencontreuse »? On peut le penser (Sur cette loi, J. MORAND-DEVILLER, *Renforcement de la protection de l'environnement*, AJDA, 1995, 439-453). Mais il est permis d'y voir aussi une erreur topique d'une tendance plus lourde au sein de la régulation sociale.

²⁸⁹⁸ Sur le principe de compétence et les politiques de sélection des personnes dans le monde du management, comp. D. COURPASSON, *L'ACTION CONTRAINT. Organisation libérale et domination*, PUF, Paris, 2000, 211 et ss. Dans un nouveau modèle de « gouvernement des personnes », le management, la compétence s'oppose à la qualification, savoir individuel, rigide et formalisé: la compétence, « c'est ce qui relie la personne performante avec son organisation » (219). Pareil modèle aurait vocation à s'imposer également au niveau politique, incarné dans « un régime politique de l'organisation » et de « bureaucraties libérales » (not. Chap. 9). De manière générale, v. K.-H. LADEUR (ed.), *LIBERAL INSTITUTIONS, ECONOMIC CONSTITUTIONAL RIGHTS, AND THE ROLE OF ORGANIZATIONS*, Nomos, Baden-Baden, 1997.

visant à favoriser un accès informatique et généralisé aux sources de la régulation: accès à la fois spécialisé et décentralisé. Facilitant l'accès à l'information, il élargit certes les possibilités de participation. Mais, pour être efficace, pareil système exige d'être conçu comme un système à deux vitesses, qui réserve la participation effective à « *certain private actors* »²⁸⁹⁹. De ce fait, il reproduit la difficulté initiale. En outre, l'utilisation accrue d'Internet comme « instrument privilégié de dialogue entre les institutions, les citoyens et les entreprises » est déjà en cours de réalisation²⁹⁰⁰. La Commission semble même y voir la formule idéale: le dialogue est un forum permanent, qui trouve un support idéal sur Internet²⁹⁰¹. Reste que *la transparence et la diffusion d'informations demeurent insuffisantes pour assurer l'équité et l'impartialité d'une procédure*.

b) Des compromis limités

985. Dans ce nouveau contexte, le rôle de l'administration communautaire ne serait plus tant de faire valoir un "intérêt public introuvable", mais d'organiser des procédures afin de mobiliser différents savoirs disponibles²⁹⁰². Le souci de l'administration a toujours été d'éviter aux procédures consultatives de se transformer en processus de marchandage. Le risque est que le calcul égoïste et catégorielle des intérêts puisse se substituer à la défense de l'intérêt général. Les procédures communautaires n'échappent pas à ce danger²⁹⁰³. Mais, dans ce nouveau cadre, le risque reste limité. Un tel risque est plus caractéristique des procédures de type corporatiste où les préférences sont données d'avance et en dehors du processus de négociation²⁹⁰⁴. Dans un système où les préférences sont elles-mêmes incertaines, où la représentation des intérêts est toujours ouverte et négociable, on ne peut plus *calculer*, il faut *argumenter*²⁹⁰⁵.

²⁸⁹⁹ Ainsi, selon J.H.H. WEILER, « Conceivable would be, for example, a two-tier system, consisting of a forum with limited access for an interactive exchange between Community Institutions and certain private actors and an open forum where all interested actors can participate and discuss Community policies with each other » (*op. cit.*, 155).

²⁹⁰⁰ La Commission considère désormais le serveur Internet qu'elle exploite comme le moyen privilégié de la participation des intéressés, à côté de la présentation de livres verts ou blancs (*Rapport sur l'activité générale de l'Union européenne* (1998), 1999, n° 1038, n° 1149 et ss.). Cette politique de diffusion de l'information s'accompagne concrètement d'une politique de décentralisation grâce à différents relais, réseaux et structures d'information de proximité (n° 1157).

²⁹⁰¹ Il n'est que de consulter le Site Internet de la Direction générale de l'Environnement, où les forums de discussion prennent une place de plus en plus importante. En matière de normalisation, le souci de la diffusion d'informations sur Internet pour améliorer l'efficacité de la participation est également présent (Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, §§ 20, 31; *Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur le rôle de la normalisation en Europe*, JOCE 2000, C 141/1, § 28).

²⁹⁰² J.-M. GUEHENNO, *LA FIN DE LA DEMOCRATIE*, Flammarion, Paris, 1993, not. 138-139.

²⁹⁰³ En ce sens, E. PREVIDI, *The Organization of Public and Private Responsibilities in European Risk Regulation: An Institutional Gap Between Them?*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 225-241; F. OST, *L'auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles?*, RIEJ, 1998, n° 28, 147-178.

²⁹⁰⁴ En ce sens, J. DE MUNCK & J. LENOBLE, *op. cit.*, 185 et ss.

²⁹⁰⁵ Cf. J. NEYER, *The Comitology Challenge to Analytical Integration Theory*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 219-238.

986. Ce qu'ouvre ainsi la participation, c'est la possibilité d'un « échange entre experts s'informant réciproquement »²⁹⁰⁶. La notion d'expert doit être entendue largement: c'est toute personne, association ou autorité compétente, capable d'argumenter. Multipliant forums et comités, un tel modèle favorise l'instauration de « boutiques bavardes ». De telles structures sont certes capables d'apporter l'information et les ressources susceptibles d'aider à développer l'intégration européenne. Les procédures mises en place visent bien à « tester et obtenir l'accord de ceux dont le soutien est nécessaire afin de pouvoir prendre les mesures qui s'imposent »²⁹⁰⁷. Mais, dans ces formules de participation, la participation est *différée*. Elle n'intervient qu'au stade ultime de la préparation des décisions. Seuls les citoyens *éclairés* sont admis à participer. Surtout, elle limite les possibilités de contestations, en privilégiant les *consensus*. Par tous ces traits, elle exclut l'essentiel des exigences de la procédure contradictoire. Au total, il n'y a pas de comparaison possible avec une procédure de participation des intéressés pris au sérieux en tant que citoyens²⁹⁰⁸.

SECTION II. LA PARTICIPATION IMPARTIALE

987. L'approche communautaire privilégie donc la coordination et l'interaction « discursive » avec les acteurs concernés²⁹⁰⁹. La Commission se propose explicitement de « procéduraliser » la régulation sociale, en favorisant le développement d'une concertation ouverte et flexible²⁹¹⁰. Sans doute, à première vue, cette « concertation dialoguée »²⁹¹¹ présente-t-elle une compatibilité

²⁹⁰⁶ « L'échange entre experts s'informant réciproquement sur le mode opératoire des domaines fonctionnels qui sont chaque fois les leurs doit surmonter la cécité spécifique des domaines d'action autoréférentiels » (J. HABERMAS, *op. cit.*, 372). Autrement dit, la reconnaissance mutuelle est toujours plus faible que les logiques internes des systèmes-experts intéressés.

²⁹⁰⁷ En ce sens, N. LUHMANN, *Participation et légitimation*, in *POLITIQUE ET COMPLEXITE* (trad. de l'allemand par J. Schmutz), Ed. du Cerf, Paris, 1999, 162. Hostile à l'idée de participation, l'auteur poursuit ainsi: « Mais ce sont là de vieux thèmes communs auxquels le terme de "participation" donnerait une trop grande importance. Ces problèmes appartiennent plutôt au domaine de ce qui est désigné aujourd'hui sous le terme de "néo-corporatisme", ce qui n'a rien à voir avec l'intention originelle de la participation ni avec l'amélioration des chances de l'accomplissement personnel dans le collectif ».

²⁹⁰⁸ Lire ainsi l'autocritique de G. TEUBNER: « Nous n'avons rien contre le nouveau "patriotisme constitutionnel", celui des petits systèmes sociaux démocratiquement constitués, et nous sommes entièrement favorables aux discours locaux dotés d'une capacité d'apprentissage! Pourtant, si nous ne nous rendons pas compte positivement de leur ancrage dans des processus réels de la société ou plus précisément des liaisons ultracycliques des couplages structurels, nous aurons tendance à laisser nos micro-comités pluralistes s'apparenter aux "boutiques bavardes" dont on a déjà pu parler ce siècle-ci pour dénoncer les institutions de conception démocratique » (*Régulation et pluralité juridique: comment la politique prélève la plus-value normative de la circulation de l'argent*, in *DROIT ET REFLEXIVITE. L'autoréférence en droit et dans l'organisation* (trad. de l'allemand par N. Boucquey & G. Maier), Story-Scientia, LGDJ, Paris, 1994, 170; nous soulignons).

²⁹⁰⁹ Cf. B. KOHLER-KOCH, *op. cit.*, not. 51, n. 8. Pour caractériser la nouvelle « gouvernance européenne », l'auteur fait référence à la notion de *diskursive Koordinierung* importée d'Allemagne et de la réflexion sur les pratiques managériales, où le terme « discursif » signifie discussion-négociation-concertation.

²⁹¹⁰ Commission des C.E. (Cellule de Prospective), *Governance*, Progress Report, CdP(96)2216, Bruxelles, Décembre 1996.

²⁹¹¹ L'expression est de J. DE MUNCK & J. LENOBLE, *Droit négocié et procéduralisation*, in *DROIT NEGOCIE, DROIT IMPOSE?*, P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (dir.), Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1996, 184.

remarquable avec les principes fondamentaux de la procédure juridique²⁹¹². Il y a loin cependant de « l'interaction discursive » aux exigences du contradictoire. Le « dialogue » repose sur une recherche flexible de l'information et rejette pour cela tout formalisme. Au contraire, le contradictoire exigerait que l'administration s'adaptât aux formes de la procédure juridique²⁹¹³. Il faut bien distinguer ces deux formes de « procéduralisme »²⁹¹⁴.

988. C'est aussi pour remédier au problème de l'exclusion dans le processus de décision qu'ont été développées, aux Etats-Unis, les notions de « délibération » et de « démocratie délibérative ». Nouvelle utilisation d'un vieux mot: par là il s'agit de protéger l'autonomie des intéressés en institutionnalisant les conditions préalables à une pratique délibérative, ce qui passe par un retour, au sein même de tous les organes de décision, à un certain formalisme juridique. De même que la représentation *pluraliste* des intérêts s'était imposée dans un contexte polycentrique et centralisé, il semble que la *délibération* se présente comme la nouvelle "justice des réseaux"²⁹¹⁵. Mais il est vrai que le concept reste flou et souvent ambigu. Dans cette étude, on a choisi de parler de « procédure impartiale et contradictoire ». Si le réseau *absorbe et exclut*, la procédure vise à garantir l'autonomie des personnes intéressées et à réintégrer ceux des intérêts profanes qui ne disposent pas des ressources nécessaires pour entrer dans le réseau.

Mais, avant d'étudier les garanties concrètes qui s'imposent, il faut être assuré d'un fondement juridique à cette évolution (I). Telle est l'exigence première, hors de laquelle les modalités du contradictoire ne peuvent se développer (II).

§ I. LE FONDEMENT JURIDIQUE DES GARANTIES PROCEDURALES

989. Il nous faut d'abord revenir à une objection que nous avons maintes fois rencontrée, mais pour en envisager les conséquences plutôt que le principe. Elle concerne l'exclusion des garanties de procédure de l'ensemble des procédures législatives.

A. Le problème de l'exclusion des garanties procédurales des procédures normatives

²⁹¹² En ce sens, v. D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 479.

²⁹¹³ En ce sens, C. JOERGES qui « *did not see the prospective of European administrative law competence as very promising, rather the answer lay in competition law* (...). Hence an interesting phenomenon: competition law to impose certain fairness requirements in interest representation and due process » (Comments, in *CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, F. Snyder (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1996, 103).

²⁹¹⁴ R.B. STEWART, *Le « procéduralisme » dans le droit administratif américain* (trad. de M. Distel), EDCE, 1978-79, n° 30, Paris, 303-315.

²⁹¹⁵ L'évolution des concepts utilisés par les juristes est significatif d'un changement profond dans l'appréhension des problèmes réels. Pour le constat d'échec du modèle pluraliste, aux Etats-Unis, C.R. SUNSTEIN, *Factions, Self-Interest, and the APA: Four Lessons since 1946*, Virginia Law Review, 1986, 271-296. Sur des remèdes possibles et le retour de la notion de délibération, C.R. SUNSTEIN, *The Enduring Legacy of Republicanism*, in *A NEW CONSTITUTIONALISM. Designing Political Institutions for a Good Society*, S.L. Elkin & K.E. Soltan (eds.), The University of Chicago Press, Chicago, 1993, 174-206.

990. De prime abord, dans les systèmes européens, cette exclusion paraît aller de soi. Dans tout système démocratique, le Parlement assure la légitimité démocratique et la participation des citoyens à l'élaboration des normes. Il en résulte que le principe du contradictoire se limite aux procédures individuelles d'application, tandis que les procédures législatives n'admettent que la consultation. La jurisprudence de la Cour est ferme sur ce point²⁹¹⁶. Mais l'erreur serait de croire que tous les actes normatifs sont adoptés avec la participation du Parlement. A côté des actes proprement législatifs, il existe une large catégorie d'actes relevant de ce que G. Winter appelle l'« *executive rule-making* »²⁹¹⁷ : des actes normatifs à caractère administratif. Mais, dans l'Union, ces actes sont rattachés à une typologie qui les assimile aux actes législatifs²⁹¹⁸. Cette confusion a son origine dans une confusion initiale de la fonction législative et de la fonction exécutive dans le système institutionnel des Communautés²⁹¹⁹.

991. De ce point de vue, l'exclusion perd beaucoup de son caractère d'évidence. Elle ne se justifie plus tellement pour des motifs de légitimité démocratique mais bien plutôt pour des motifs d'efficacité politique. A l'origine, la raison principale de cette assimilation est la volonté de préserver le caractère discrétionnaire des choix de politique économique effectués par les institutions communautaires²⁹²⁰. Toute l'organisation du contentieux de l'annulation et de la responsabilité témoigne de cette nécessité²⁹²¹. Il est donc à craindre qu'une distinction plus élaborée entre les actes normatifs bouleverse le contentieux. Elle apparaît souhaitable cependant²⁹²². Reste que l'étude de la jurisprudence ne suggère rien de semblable. Jusqu'à présent, il est seulement envisagé de distinguer entre « acte administratif » et « acte normatif ». Mais cette distinction n'est encore qu'une stratégie contentieuse en vue de requalifier l'acte général en acte individuel²⁹²³. Répondant aux argumentations des requérants, le juge

²⁹¹⁶ TPICE, 11 décembre 1996, *Atlanta e.a./CE*, T-521/93, II-1707, pt 70, II-1733 (II-1707). Il faut exclure les cas particuliers des règlements antidumping (en ce sens, Conclusions de l'avocat général Fennelly présentées le 27 janvier 2000, *Bergaderm/Commission*, C-352/98 P, § 19).

²⁹¹⁷ J. FALKE & G. WINTER, *Management and regulatory committees in executive law-making*, in *SOURCES AND CATEGORIES OF EUROPEAN UNION LAW. A Comparative and Reform Perspective*, G. Winter (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1996, 541-582.

²⁹¹⁸ Sur ce point, P.-Y. MONJAL, *La qualité de législateur du Conseil des Ministres de l'Union européenne selon son règlement intérieur : dilution ou fondation de la notion de législateur ?*, Europe, 2000, Chron. n° 2, not. 5.

²⁹¹⁹ Cf. J. RIDEAU & J.L. CHARRIER, *CODE DE PROCEDURES EUROPEENNES*, Litec, Paris, 1990, 189, cités en ce sens par l'avocat général Darmon dans une affaire de responsabilité extracontractuelle (Conclusions présentées le 18 juin 1991 dans l'affaire *Cato/Commission* (C-55/90), [1992] I-2555-2556).

²⁹²⁰ Voir, *inter alia*, CJCE, 5 décembre 1979, *Amylum/Conseil et Commission*, aff. jtes 116 et 124/77, pt 13, Rec. 3560 (3527).

²⁹²¹ P. PESCATORE traduit bien cette inspiration lorsqu'il écrit : « alors que, dans les Etats membres, les règles relatives à la responsabilité de la puissance publique ont été définies surtout à propos d'activités matérielles et techniques de l'administration publique, ou de l'application de mesures de contraintes, le contentieux porté devant la Cour européenne en cette matière concerne presque exclusivement la responsabilité pour les conséquences d'actes normatifs de la Communauté. Or, pour ce type de contentieux, il n'y a guère de modèle dans les jurisprudences nationales, en raison de la souveraineté du pouvoir législatif. Ceci explique pourquoi, dans les rares cas où la Cour s'est réclamée des principes généraux communs aux droits des Etats membres, elle l'a fait pour définir non pas les bases, mais les limites de la responsabilité du législateur communautaire » (*Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, RIDC, 1980, 350).

²⁹²² En ce sens, J. RIDEAU, *DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1999, 768.

²⁹²³ Voir par ex. TPICE, 15 avril 1997, *Schröder e.a./Commission*, T-390/94, II-519, pts 53 et ss.

communautaire suit là une typologie propre au droit administratif allemand, qui n'admet d'"actes administratifs" que les actes individuels de l'administration²⁹²⁴.

992. Ce qu'il faut suggérer est une qualification des actes communautaires hors de la problématique contentieuse traditionnelle. Telle est la conclusion de R. Kovar: « tout en concevant la pertinence des préoccupations du juge, il n'est donc pas interdit de souhaiter que la réflexion relative à l'identification du caractère normatif d'un acte puisse s'affranchir, autant que faire se peut, de l'omniprésence de l'aspect contentieux qui domine cette problématique »²⁹²⁵. A ce compte, on pourrait concevoir une nouvelle division des actes communautaires entre actes législatifs et actes administratifs (à portée générale ou individuelle). La Cour a certes déjà admis une distinction entre actes de base et actes d'exécution. Mais cette distinction a une portée limitée, parce qu'il n'y a pas, dans le système communautaire, de compétence exécutive réservée²⁹²⁶. Elaborer la distinction entre actes législatifs et actes administratifs exige en théorie beaucoup plus qu'un simple aménagement jurisprudentiel: l'introduction d'une véritable hiérarchie des normes et une redéfinition des fonctions au sein du système communautaire²⁹²⁷.

993. Plus simplement, P.-Y. Monjal a proposé de dissocier la notion de « norme » de celle de « législateur » en faisant intervenir un critère organique et procédural²⁹²⁸. Serait ainsi réputé « acte législatif » tout acte adopté au terme d'une procédure associant, au moins à titre consultatif, le Parlement européen²⁹²⁹. Aux actes généraux adoptés hors de ces procédures, le caractère d'acte législatif ne devrait point être reconnu. De la sorte, la notion de législateur communautaire pourrait conserver son caractère « dynamique » tout en recouvrant une certaine dignité « démocratique »²⁹³⁰. Mais, de cette façon, il serait également possible de consacrer une protection procédurale pour tous les actes d'exécution à caractère normatif.

²⁹²⁴ Sur la doctrine allemande et son influence sur le contentieux communautaire, J. ZILLER, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, AJDA, 1999, 635-644.

²⁹²⁵ R. KOVAR, *L'identification des actes normatifs en droit communautaire*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 388 (387-422).

²⁹²⁶ Sur cet aspect complexe des procédures décisionnelles communautaires, J. RIDEAU, *La fonction législative dans les Communautés européennes*, RAE, 1995, 63-81, not. 75-76; C. BLUMANN, *LA FONCTION LEGISLATIVE COMMUNAUTAIRE*, LGDJ, Paris, 1995, not. 18 et ss.

²⁹²⁷ Sur ces implications, voir dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 les remarques toujours actuelles de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *La hiérarchie des normes*, in *LA REVISION DU TRAITE SUR L'UNION EUROPEENNE. Perspectives et réalités*, P. Manin (dir.), Ed. A. Pedone, Paris, 1996, 41-60.

²⁹²⁸ P.-Y. MONJAL, *Remarques sur l'emploi de la notion de fonction législative en droit communautaire*, RRJ, 1998, 1117-1162.

²⁹²⁹ Reste, bien sûr, à établir soigneusement les cas dans lesquels la consultation du Parlement est obligatoire. Le rôle du juge communautaire s'avère, en cette matière, primordial (v. J. RIDEAU, *op. cit.*, 540-543).

²⁹³⁰ Cette proposition rejoint une jurisprudence récente de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme du 18 février 1999, *Matthews/Royaume-Uni* (req. n° 24833/94). Au-delà d'une argumentation contestable, la CEDH reconnaît la spécificité du système communautaire, dans lequel il n'existe pas de « pouvoir législatif », mais plutôt un « processus législatif » au sein duquel plusieurs institutions collaborent, dotées d'un poids respectif plus ou moins important selon les différentes procédures prévues (§ 50; voir en ce sens la référence au discours du professeur Dashwood dans l'opinion dissidente des juges Freeland et Jungwiert). Elle estime cependant que le Parlement européen « est l'instrument principal du contrôle démocratique et de la responsabilité politique ». Qu'il y ait collaboration de plusieurs institutions dans le processus législatif n'empêche pas que le Parlement « doit être considéré » comme l'institution bénéficiant de la seule et vraie légitimité démocratique (§ 52). Il ne faut pas se dissimuler ce que cette vision a encore de polémique aujourd'hui. Il n'est que de lire le dernier règlement intérieur adopté par le Conseil le 31 mai 1999: il en ressort que le Conseil a tendance à s'auto-ériger

994. Reste à savoir sur quel principe fonder cette protection. Le principe des droits de la défense, fortement associé aux procédures de sanction, ne convient pas. Il reste en droit communautaire un principe d'une grande portée théorique mais qui a reçu jusqu'à présent une application pratique assez limitée: c'est le principe démocratique²⁹³¹. Habituellement réservé à la consultation du Parlement, ne pourrait-il être étendu aux procédures normatives non parlementaires? Il semble que le juge communautaire ait été poussé vers une solution de ce genre.

B. Le principe démocratique, fondement de la participation des partenaires sociaux?

995. Dans l'arrêt *UEAPME/Conseil*, le Parlement est exclu de la procédure décisionnelle²⁹³². Il est vrai que cette jurisprudence a été adoptée dans un domaine spécifique, la politique sociale européenne, et qu'elle reste enfermée dans des limites bien précises. Il ne faudrait donc pas forcer l'analogie; nous devons pourtant remarquer que les formulations auxquelles la Cour aboutit dans cette affaire revêtent une portée tout à fait générale.

1. Le cas de la jurisprudence *UEAPME*

996. Il s'agit de la première décision judiciaire relative à un accord collectif signé par les partenaires sociaux européens dans le cadre du protocole social annexé au traité de Maastricht²⁹³³. C'est dire l'importance de cette affaire. L'accord-cadre, portant sur le congé parental, a été conclu par trois grandes organisations européennes, l'UNICE, le CEEP et la CES, au terme d'une procédure dont les étapes doivent être rappelées brièvement: sur proposition de la Commission, les partenaires sociaux, consultés, peuvent décider d'engager seuls un processus menant à un accord; il revient alors à la Commission de contrôler la conformité de l'accord aux exigences du traité et de le proposer éventuellement à l'adoption par le Conseil. Un recours en annulation est introduit par l'Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) à l'encontre de la directive 96/34 adoptée par le Conseil qui met en œuvre l'accord-cadre²⁹³⁴. Mais, soutenu par la Commission, le Conseil soulève une exception d'irrecevabilité. A l'appui de cette exception, il soutient deux arguments.

en législateur exclusif et à reconnaître à tout acte adopté par lui le caractère d'acte législatif (en ce sens, P.-Y. MONJAL, *La qualité de législateur du Conseil des ministres de l'Union européenne selon son règlement intérieur: dilution ou fondation d'une notion?*, Europe, 2000, Chron. n° 2).

²⁹³¹ Sur ce principe, J.-P. JACQUE, *Cours général de droit communautaire*, COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW, Vol. I, Book 1, 1990, 283-287.

²⁹³² TPICE (quatrième chambre élargie), 17 juin 1998, *UEAPME/Conseil*, T-135/96, II-2335. Un pourvoi a été introduit contre cet arrêt (JOCE 1998, C 312/6). L'affaire a par la suite été radiée par Ordonnance du président de la Cour le 2 février 1999.

²⁹³³ Cf. M.-A. MOREAU, *Sur la représentativité des partenaires sociaux européens*, Droit social, 1999, 53-59.

²⁹³⁴ Cette directive a été adoptée sur la base de l'article 4, § 2 de l'Accord sur la politique sociale conclu entre les Etats membres de la Communauté, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande du Nord, annexé au protocole n° 14 sur la politique sociale annexé au traité instituant la Communauté européenne de 1992. Le protocole ayant été intégré au traité par le traité d'Amsterdam, cette possibilité est maintenant prévue à l'article 139 CE.

997. A considérer d'abord la nature de l'acte attaqué, la recevabilité du recours lui paraît douteuse. Etant un acte normatif, la directive litigieuse ne saurait faire l'objet d'un recours formé par un particulier. Au contraire, selon la requérante, il faudrait tenir compte de la spécificité de cette directive, dans la mesure où elle se limiterait à formaliser un acte dont le contenu est laissé « à la seule appréciation des partenaires sociaux qui, de leur propre initiative, ont lancé le processus de négociation »²⁹³⁵. Le Tribunal refuse de faire droit à cette originalité. Suivant une jurisprudence traditionnelle, il déclare que « pour déterminer la portée générale ou non d'un acte, il y a lieu d'apprécier sa nature et les effets juridiques qu'il vise à produire ou produit effectivement »²⁹³⁶. En l'espèce, il appert que « la directive revêt, par sa nature, un caractère normatif et ne constitue pas une décision au sens de l'article 189 du traité »²⁹³⁷.

998. On sait qu'il ne suffit pas que l'acte litigieux ait un caractère normatif pour écarter définitivement le recours²⁹³⁸. Il convient de rechercher si « la requérante peut néanmoins être considérée comme directement et individuellement concernée » par celui-ci²⁹³⁹. Ce qui constitue « le nœud du présent litige » concerne donc l'individualisation de la requérante²⁹⁴⁰. Il faut savoir précisément si la participation de la requérante à la procédure peut être considérée comme un droit protégé juridiquement. Référence est faite là à une jurisprudence déjà bien établie²⁹⁴¹. La difficulté est ici plutôt de savoir sur quel fondement un tel droit peut être reconnu.

999. Le Conseil s'appuie sur trois points. Le premier concerne la *nature du droit* invoqué: la « qualité de négociateur » dont se prévaut la requérante est une « question de fait qui doit s'apprécier en fonction de la situation de l'organisation intéressée, constatée à l'issue de la négociation »²⁹⁴². De la simple « consultation » et « participation » à la procédure ne saurait être déduit un « droit de négocier ». Le second point touche la *nature de la procédure* en cause: celle-ci serait de nature purement privée, échappant entièrement à la maîtrise de la Commission et du Conseil. Dès lors il n'est pas de droit procédural qui peut être directement invoqué au cours de la procédure communautaire. On retrouve ici l'idée d'un « droit indirect »²⁹⁴³. Enfin l'accent est mis sur l'*auteur de l'acte*: en tout état de cause, « cette obligation de consultation pèserait sur la seule Commission »²⁹⁴⁴.

²⁹³⁵ TPICE, 17 juin 1998, *UEAPME/Conseil*, T-135/96, pt 44, II-2356.

²⁹³⁶ Ibid., pt 64, II-2363.

²⁹³⁷ Ibid., pt 67, II-2364.

²⁹³⁸ La jurisprudence de référence est CJCE, 18 mai 1994, *Cordoniu/Conseil*, C-309/89, I-1853.

²⁹³⁹ Ibid., pt 68, II-2364. Rappelons à cet égard que la Cour ne distingue pas entre directives et règlements aux fins de déterminer leur caractère normatif (CJCE (Ordonnance), 13 juillet 1988, *Fédération européenne de la santé animale e.a./Conseil*, aff. 160/88 R. Rec. 4121). Alors même que l'article 4 § 2 (comme l'article 139 CE) parle de « décision » et non de « directive » (en l'espèce, pt 63; également pts 27, 40, 50).

²⁹⁴⁰ Ibid., pt 46, pt 69.

²⁹⁴¹ CJCE, 2 février 1988, *Van der Kooy/Commission*, aff. jtes 67, 68 et 70/85. Sur les possibilités de droit au recours des associations, TPICE (Ordonnance), 30 septembre 1997, *Federolio/Commission*, T-122/96, II-1559.

²⁹⁴² Ibid., pt 33.

²⁹⁴³ Ibid., pts 35-36.

²⁹⁴⁴ Ibid., pt 38. On retrouve là l'argument contestable utilisé dans l'affaire *Fedesa*, étudiée précédemment (CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, I-4059).

1000. Quant à la requérante, ses arguments « se fondent tous sur la prémisse qu'elle dispose de droits particuliers dans le cadre des mécanismes procéduraux institués par l'Accord afin de permettre l'adoption d'actes relevant de son champ d'application, droits particuliers qui auraient été bafoués en l'espèce »²⁹⁴⁵. Dès lors, la réalité de la controverse se noue autour d'une affaire récente. L'arrêt de pourvoi de la Cour du 13 décembre 1996 portait sur un recours formé devant le Tribunal de première instance visant à l'annulation d'une décision de la Commission ayant pour objet d'octroyer un soutien financier à des actions de protection des habitats naturels²⁹⁴⁶. Les requérants, regroupant des associations de pêcheurs, de propriétaires exploitants et d'agriculteurs de la province de Rovigo, alléguaient un « droit de participer à la procédure d'élaboration du programme delta du Pô »²⁹⁴⁷. Dans son ordonnance, le Tribunal s'en tenait à une jurisprudence traditionnelle restrictive à l'égard des recours des associations pour rejeter le recours comme irrecevable. Dans son arrêt, la Cour est plus ambiguë: c'est parce que ni la réglementation pertinente ni le cinquième programme d'environnement ne contiennent de « disposition établissant l'obligation d'entendre les requérants avant l'adoption de la décision litigieuse » que le pourvoi doit être rejeté²⁹⁴⁸. Fallait-il en déduire *a contrario* que « si les requérants avaient bénéficié d'un droit de participer à l'élaboration de cette mesure, elle leur aurait reconnu, à ce titre, la qualité pour agir, quoique la décision en cause ait été qualifiée par le Tribunal de mesure de portée générale? »²⁹⁴⁹. Pouvait-on envisager d'étendre la jurisprudence économique²⁹⁵⁰? Mais, précisément, sur quel fondement? La jurisprudence *Greenpeace* laissait planer le doute.

2. Une nouvelle dimension de l'équilibre institutionnel

1001. Mais, dans la présente affaire, à l'opposé de l'affaire *Greenpeace e.a./Conseil*, le Tribunal accepte d'examiner « les particularités de la procédure »²⁹⁵¹. Or, force est de constater que, dans la négociation de l'accord-cadre, les institutions communautaires n'ont aucun rôle à jouer: « la conclusion d'un tel accord est l'affaire exclusive des différentes organisations »²⁹⁵². D'une procédure engagée sur une base volontaire, il ne peut être tiré de droit à participer²⁹⁵³. L'exercice d'un tel droit suppose au moins une reconnaissance institutionnelle²⁹⁵⁴. En outre, il n'est pas vrai que toute disposition matérielle du droit communautaire doive se voir reconnaître des implications procédurales²⁹⁵⁵. Dès lors « la requérante ne saurait prétendre détenir ni un droit général à participer à la phase de négociation de la seconde procédure prévue par l'Accord, ni en l'espèce un droit particulier à participer à la négociation de l'accord-cadre »²⁹⁵⁶.

²⁹⁴⁵ Ibid., pt 70.

²⁹⁴⁶ CJCE, 12 décembre 1996, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e.a./Commission e.a.*, C-142/95 P, I-6669.

²⁹⁴⁷ Ibid., pt 11, I-6690.

²⁹⁴⁸ Ibid., pts 28 à 35, I-6694-6696.

²⁹⁴⁹ D. RITLENG, *Recevabilité du recours d'un particulier en raison de sa participation à la procédure*, Europe, 1997, n° 37.

²⁹⁵⁰ Cf. Conclusions de l'avocat général Colomer, § 54, [1996] I-6681-6682.

²⁹⁵¹ TPICE, 17 juin 1998, *UEAPME/Conseil*, T-135/96, pt 71, II-2365.

²⁹⁵² Ibid., pt 76, II-2367.

²⁹⁵³ Ibid., pt 78, II-2368.

²⁹⁵⁴ Ibid., pt 79, II-2368.

²⁹⁵⁵ Ibid., pt 81, II-2369.

²⁹⁵⁶ Ibid., pt 82, II-2369.

1002. On pourrait certes s'en tenir là. Le Tribunal pourrait conclure un peu hâtivement à l'irrecevabilité du recours. Mais on peut aussi aller plus loin. Affirmer que la phase de négociation est sous la seule dépendance des partenaires sociaux, c'est oublier que, afin de mettre en œuvre l'accord conclu, « les partenaires sociaux concernés adressent leur demande conjointe à la Commission qui, récupérant alors la *maîtrise* de la procédure, examine s'il y a lieu de présenter une proposition en ce sens au Conseil »²⁹⁵⁷. Or, « l'intervention de la Commission doit être conforme aux principes qui gouvernent son action dans le domaine de la politique sociale, plus particulièrement concrétisés à l'article 3, paragraphe 1, de l'Accord, selon lequel "la Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour favoriser leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties" »²⁹⁵⁸. On ne tire pas de là une obligation juridique précise. Mais le Tribunal reconnaît la *responsabilité procédurale* de la Commission²⁹⁵⁹. Dans toute procédure complexe ou déléguée où la Commission est active, celle-ci doit assurer le respect d'une procédure *impartiale*. Les procédures normatives posent à cet égard un problème spécifique: celui de la *représentativité* des parties à entendre. L'intérêt individuel et direct ne se résume plus simplement au caractère de « tiers intéressé » mais à celui de « partie représentative ». Ainsi convient-il d'« insister sur l'importance que revêt l'obligation pour la Commission et le Conseil de vérifier la représentativité des partenaires sociaux signataires »²⁹⁶⁰.

1003. Le Tribunal tranche ainsi sur une conception classique et figée de l'*équilibre institutionnel*. L'intervention conjuguée de la Commission et du Conseil « a pour effet de conférer une assise *communautaire* de nature législative à un accord conclu entre partenaires sociaux ». Mais d'autre part, la participation de ces derniers a pour fonction, en l'absence de toute intervention du Parlement à la procédure, de conférer une légitimité *démocratique* aux actes adoptés par le Conseil sur proposition de la Commission. Ainsi,

« le respect du principe de la démocratie, sur lequel l'Union est fondée, requiert — en l'absence de participation du Parlement européen au processus d'adoption d'un acte législatif — que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux ayant conclu

²⁹⁵⁷ Ibid., pt 84, II-2370 (nous soulignons).

²⁹⁵⁸ Ibid., pt 85, II-2370. Comp.: « le cinquième programme d'environnement vise à fournir un cadre pour la définition et la mise en œuvre de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement, mais (...) il ne comporte pas de normes juridiques à caractère obligatoire » (CJCE, 12 décembre 1996, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e.a./Commission e.a.* C-142/95 P, pt 32, I-6696).

²⁹⁵⁹ Cf. *supra*, §§ 910 et ss. (CJCE, 21 novembre 1991, *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*, C-269/90, I-5469).

²⁹⁶⁰ Ibid., pt 88, II-2371; et v. pts 91 et ss.: l'examen de la « représentativité cumulée des signataires » étant satisfaite, l'UEAPME n'est pas parvenue à démontrer sa qualité de partie représentative, et, sur ce fondement, le recours est rejeté comme irrecevable. Il y a en gros deux manières d'envisager la question de la représentativité: se pencher soit sur la représentativité des groupes potentiellement intéressés, soit sur la représentativité globale de l'Accord. Cette dernière approche est celle retenue par le Tribunal: voir, sur ce point, les remarques critiques de E. FRANSSSEN & A.T.J.M. JACOBS, *The question of representativity in the European Social Dialogue*, CMLR, 1998, 1295-1312; M.-A. MOREAU, *Sur la représentativité des partenaires sociaux européens*, Droit social, 1999, 53-59.

l'accord auquel le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, confère une assise législative au niveau communautaire. »²⁹⁶¹

Mesurons l'importance de ce passage. Loin d'être limité à sa dimension « politique », le principe démocratique communautaire est étendu à une dimension « économique et sociale ». Le juge communautaire comble ainsi une lacune du droit originaire et ajoute une nouvelle dimension à l'équilibre institutionnel²⁹⁶². Equilibre dont il s'estime le garant: l'existence d'un droit de participer fondé sur le principe démocratique exige en conséquence la reconnaissance du droit à une protection juridictionnelle effective²⁹⁶³. Il reste que ce ne peut être qu'une solution palliative: l'examen de la représentativité est du ressort des institutions compétentes; le juge est mal placé pour la mesurer.

1004. Dans ces conditions, la référence qui est faite à la jurisprudence relative aux mesures de sauvegarde paraît quelque peu surabondante et déplacée²⁹⁶⁴. Car, comme le soulignent F. Berrod et D. Ritleng, « en l'espèce l'ouverture du droit de recours s'explique bien davantage par la protection des exigences démocratiques, dont la requérante est un reflet, au cours de la procédure décisionnelle, que par la protection des intérêts privés des opérateurs économiques au regard du contenu de l'acte attaqué »²⁹⁶⁵. Bien qu'elle ne soit pas citée, cet arrêt évoque plutôt la jurisprudence de la Cour, *Parlement européen/Conseil*, du 22 mai 1990, reconnaissant le droit au recours du Parlement²⁹⁶⁶. Dans cette affaire la Cour définissait ainsi sa propre mission:

« il lui incombe d'assurer la pleine application des dispositions des traités relatives à l'équilibre institutionnel et de faire en sorte que, comme les autres institutions, le Parlement ne puisse pas être atteint dans ses prérogatives sans disposer d'un recours juridictionnel, parmi ceux prévus par les traités, qui puisse être exercé de manière certaine et efficace (...).

« Par conséquent, le Parlement est recevable à saisir la Cour d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission, à la condition que ce recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives (...). Au nombre des prérogatives conférées au Parlement figure, dans les cas prévus par les traités, sa participation au processus d'élaboration des actes normatifs, en particulier sa participation à la procédure de coopération prévue par le traité CE. »²⁹⁶⁷

Il existe une coïncidence frappante entre la position du Parlement européen avant 1992 et celle des partenaires sociaux aujourd'hui²⁹⁶⁸. Tous deux revendiquent la reconnaissance de leur place au sein de la procédure législative communautaire.

²⁹⁶¹ Ibid., pt 89, II-2371.

²⁹⁶² Voir en ce sens L. BETTEN, *The Democratic Deficit of Participatory Democracy in Community Policy Law*, ELR, 1998, 20-36.

²⁹⁶³ Ibid., pt 89.

²⁹⁶⁴ Ibid., pt 90, II-2372.

²⁹⁶⁵ F. BERROD & D. RITLENG, *Le Tribunal développe une conception extensive du principe démocratique...*, Europe, 1998, n° 268.

²⁹⁶⁶ En ce sens, F. BERROD & D. RITLENG, *op. cit.*, n° 268, 10; D. GADBIN, *op. cit.*, 35.

²⁹⁶⁷ CJCE, 22 mai 1990, *Parlement/Conseil*, C-70/88, pts 25, 27, 28, I-2073.

²⁹⁶⁸ En ce sens, E. FRANSSSEN & A.T.J.M. JACOBS, *op. cit.*, CMLR, 1998, 1307.

§ II. LES MODALITES D'APPLICATION DU CONTRADICTOIRE

1005. Cette précision nous montre l'intérêt, mais aussi les limites de cette jurisprudence pour notre propos. La procédure en cause concerne la possibilité d'ailleurs exceptionnelle d'élaboration d'actes de base par les partenaires économiques et sociaux²⁹⁶⁹. C'est bien à une démocratie qu'on a encore affaire, mais à une démocratie nouvelle. A côté de la « démocratie politique et parlementaire », il y a désormais une « démocratie économique et sociale ». La solution rendue ne concerne donc pas encore les procédures d'exécution. Mais, sans précisément le vouloir, elle permet de jeter un pont entre l'ensemble des procédures normatives, et justifie l'intérêt d'une étude des garanties juridiques de la participation dans des cas aussi différents. De même que les procédures prévues par l'Accord social, les procédures administratives se déroulent en l'absence d'intervention du Parlement. On est dès lors porté à considérer la possibilité d'une troisième dimension, complémentaire des deux premières: la « démocratie administrative »²⁹⁷⁰, fondée sur un équilibre institutionnel élargi.

A. Vers une démocratie administrative?

1006. Il est probable que la Cour réservera le principe démocratique aux procédures législatives. Si cette jurisprudence évoque la possibilité d'étendre la notion de protection procédurale, un autre principe doit être cherché.

1. Le principe général de bonne administration

1007. De ce qui précède, il résulte qu'on peut distinguer trois niveaux de la protection procédurale. Au niveau des procédures administratives individuelles correspond le principe des droits de la défense. Au niveau des procédures législatives correspond le principe démocratique de consultation du Parlement²⁹⁷¹. Mais, désormais, il convient d'admettre un troisième niveau auquel s'étend la protection: les procédures administratives à caractère normatif. En matière de régulation sociale, la protection de la santé et la protection de l'environnement sont désormais considérés comme des objectifs essentiels de la Communauté²⁹⁷². Ces objectifs engendrent, au bénéfice des particuliers, certains droits spécifiques²⁹⁷³. Parmi ces droits figurent notamment des

²⁹⁶⁹ En ce sens, D. GADBIN, *op. cit.*, 45.

²⁹⁷⁰ R. DEHOUSSE, *De la bonne gouvernance à la démocratie administrative*, Cours de l'Académie de droit européen, EUI, Florence, juillet 2000.

²⁹⁷¹ Il est intéressant de noter que, dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Parlement/Conseil*, l'avocat général van Gerven soutient l'existence d'un droit au recours au bénéfice du Parlement sur la base de la jurisprudence économique reconnaissant le droit au recours des personnes bénéficiant de « garanties procédurales ». En effet, c'est le rôle procédural du Parlement au sein des procédures législatives qu'il convient de protéger ([1990], § 18, I-2065).

²⁹⁷² Dans plusieurs arrêts, le juge communautaire a reconnu que la protection de l'environnement était « un des objectifs essentiels de la Communauté » (CJCE, 7 février 1985, *ADBHU*, aff. 240/83, Rec. 531; CJCE, 20 septembre 1988, *Commission/Danemark*, aff. 302/86, Rec. 4607; CJCE, 19 mai 1992, *Commission/Allemagne*, C-195/90, I-3141).

²⁹⁷³ Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général Cosmas, not. § 54, [1998] I-1673; Conclusions de l'avocat général Colomer présentées le 12 septembre 1996, not. § 41, [1996] I-6679.

droits procéduraux²⁹⁷⁴. Il est temps de leur trouver un fondement commun. Un principe peut convenir: le principe de « *bonne administration* »²⁹⁷⁵.

1008. Mais quelle place accorder à ce principe? La force d'un principe juridique est déterminée par son environnement. D. Ritleng montre que « l'accroissement des instruments de contrôle réalisé par le recours aux principes généraux du droit est tempéré par le fait que la Cour, par la retenue qu'elle manifeste dans le contrôle de leur respect, s'impose simultanément une autolimitation de leur portée »²⁹⁷⁶. Sont concernés les principes d'égalité, de proportionnalité et de confiance légitime, qui s'imposent notamment à l'encontre des actes normatifs. Dans un arrêt récent du 19 novembre 1998, la Cour a confirmé que l'intensité du contrôle juridictionnel doit être d'autant plus réduite « que l'acte concerné a une portée générale »²⁹⁷⁷. N'est-il pas à craindre, dès lors, que la portée d'un principe procédural consacré dans ce contexte soit limité dans ses effets? En fait, il importe de distinguer suivant la nature du principe invoqué²⁹⁷⁸. Le juge communautaire lie étroitement contrôle matériel et contrôle procédural: dans la mesure où il touche au fond le contrôle est réduit, mais il est étendu dans la mesure où il concerne la procédure. Cette technique, illustrée par la jurisprudence *Technische Universität München*, n'est-elle pas également de nature à s'imposer dans l'examen des actes normatifs? C'est ainsi par exemple que K. Lenaerts et P. Van Ypersele justifient le contrôle de l'application du principe de subsidiarité à l'égard de tous les actes communautaires, en insistant sur le rôle de l'exigence procédurale de motivation²⁹⁷⁹.

1009. On a déjà été conduit à distinguer entre deux sortes de discrétionnalité administrative: l'une est technique, définie négativement, comme le refus du juge de s'engager dans l'examen technique des faits; l'autre est politique, définie positivement, comme la volonté de respecter le choix politique fait par les institutions. Dans les procédures d'expertise, notre thèse est que la « discrétionnalité technique » ne fait pas obstacle au contrôle de la procédure. De la même façon, il ne faut pas que la « discrétionnalité politique » dont peut disposer la Commission dans les procédures de participation soit un obstacle à la consécration de garanties procédurales.

2. « Le principe générateur de la démocratie »

1010. L'œuvre créatrice du juge s'étend au *principe général*; il ne lui appartient pas de rechercher le « *principe générateur de la démocratie* », expression de Tocqueville. Et cependant la technique juridique se ressent toujours d'un ensemble de conceptions générales. Si elles ne sont

²⁹⁷⁴ Ainsi le droit de l'environnement « doit être considéré avant tout comme un droit procédural » (A. KISS, *La reconnaissance de droits fondamentaux dans le domaine de l'environnement*, in *EC ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY & EU CONSUMER LAW AND POLICY: CONVERGING AND DIVERGING TRENDS*, C. Kye (ed.), Story-Scientia, Bruxelles, 1995, 121).

²⁹⁷⁵ Cf. W. VAN GERVEN, *op. cit.*, 83.

²⁹⁷⁶ D. RITLENG, *LE CONTROLE DE LA LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 504.

²⁹⁷⁷ CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni/Conseil*, C-150/94, pt 54, I-7295 (I-7235; *comm.* D. RITLENG, Europe, 1999, n° 12).

²⁹⁷⁸ Pour un raisonnement proche, C. BLUMANN, *Le Parlement européen et la comitologie*, RTDE, 1996, 9-10.

²⁹⁷⁹ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, *Le principe de subsidiarité et son contexte*, CDE, 1994, not. 76 et ss..

pas clairement affirmées, elles influent pourtant sur l'interprétation jurisprudentielle et sur ses résultats les plus concrets. Il est clair que, dans la jurisprudence *UEAPME*, la jurisprudence réagit à une conception de la démocratie élargie à la société civile organisée²⁹⁸⁰.

1011. Les travaux de Jean L. Cohen et Andrew Arato visent précisément à rompre avec un modèle de démocratie limité au domaine politique: « *Aujourd'hui, la question de la démocratie a migré vers la sphère d'où elle était née — celle de la société civile* »²⁹⁸¹. Ils entreprennent ainsi d'adapter l'intuition tocquevillienne d'une démocratie plurielle aux conditions de la « différenciation fonctionnelle » de la société moderne²⁹⁸². La question n'est plus simplement de savoir, à partir d'une dimension verticale de l'ordre social, comment la démocratie peut s'imposer au niveau local, mais il s'agit de rendre possible le remembrement des différents systèmes et pouvoirs sociaux qui composent la société civile. A l'intérieur des sociétés modernes se produit en effet un changement fondamental de « dominante conflictuelle ». G. Teubner décrit ce changement comme le passage de l'expérience de frontières entre sous-systèmes territoriaux à celle de frontières entre sous-systèmes fonctionnels. Ces systèmes ont peu à peu acquis une grande autonomie relative, non seulement les uns envers les autres, mais à l'égard des institutions publiques²⁹⁸³. Nul doute que le système institutionnel communautaire éprouve concrètement ce changement. De fait, il est devenu le siège d'une multitude de groupes d'intérêts contradictoires issus de la société civile européenne²⁹⁸⁴. Mais ce qui est intéressant, c'est que cette reconstruction autorise semble-t-il une « politique à double voie » (*dual politics*). Soit se contenter d'assurer la coordination fonctionnelle de ces différents groupes, dans le but d'en tirer des informations et une légitimation pour sa propre action²⁹⁸⁵. Soit déplacer la séparation fonctionnelle des pouvoirs au sein même du système administratif et chercher à en organiser la contradiction légitime. En ce dernier cas, c'est une procédure juridique contradictoire bien plus qu'une simple représentation des intérêts qui apparaît nécessaire. L'idée d'une société civile fondée sur « la légalité » suppose que l'administration n'est pas seulement une partie parmi d'autres, mais favorise l'intégration des différentes parties dans une même procédure²⁹⁸⁶.

²⁹⁸⁰ De manière générale, « la société civile organisée peut être définie comme l'ensemble des structures organisationnelles dont les membres servent l'intérêt général par le biais d'un processus démocratique basé sur le discours et le consensus, et jouent également le rôle de médiateurs entre les pouvoirs publics et les citoyens » (Comité économique et social, *Avis sur le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne*, JOCE 1999, C 329/30, 7.1).

²⁹⁸¹ J.L. COHEN & A. ARATO, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), London, 1992, 419 (voir en part. Chap. 8 et 9).

²⁹⁸² Sur la notion de « différenciation fonctionnelle », N. LUHMANN, *THE DIFFERENTIATION OF SOCIETY*, trad. de l'allemand par S. Holmes & C. Larmore, Columbia University Press, New York, 1982.

²⁹⁸³ Sur ce point, G. TEUBNER, *LE DROIT, UN SYSTEME AUTOPOIETIQUE* (trad. de l'allemand par N. Boucquoy et G. Maier), PUF, Paris, 1993, not. 189. Sur l'idée d'une « pluralisation de l'espace social », étudiée à partir de présupposés théoriques différents, v. également M. WALZER, *SPHERES OF JUSTICE. A Defense of Pluralism and Equality*, Robertson, Oxford, 1983; L. BOLTANSKI & L. THÉVENOT, *DE LA JUSTIFICATION. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991; P. RICEUR, *La pluralité des instances de justice*, in *LE JUSTE*, Ed. Esprit, Paris, 1995, 121-142.

²⁹⁸⁴ Cf. C. HARLOW, *A Community of Interests? Making the Most of European Law*, MLR, 1992, 331-350.

²⁹⁸⁵ Cette conception se rattache à ce qui est désigné aujourd'hui sous le terme de « néo-corporatisme » (N. LUHMANN, *POLITIQUE ET COMPLEXITE* (trad. de l'allemand par J. Schmutz), Ed. du Cerf, Paris, 1999).

²⁹⁸⁶ Tel est l'un des traits de la société civile telle que la notion est conçue par J.L. COHEN & A. ARATO. A ce caractère s'ajoutent la pluralité, le caractère public et le caractère privé, tous combinés (*op. cit.*, 346). Comp. H. ARENDT, *LA CONDITION DE L'HOMME MODERNE*, trad. de l'anglais par G. Fradier, Calmann-Lévy, Paris, 1983.

1012. Une telle conception ne condamne pas les réseaux. Elle ajoute simplement une nouvelle dimension au système administratif de la Communauté. Celle-ci ne doit plus se contenter de soutenir une pluralité de groupements spontanés²⁹⁸⁷ qui disposent d'un pouvoir d'influence ou de négociation²⁹⁸⁸; elle doit chercher à organiser de véritables procédures de délibération administrative²⁹⁸⁹. Pour cela, la transparence et les *forums de consultation* ne suffisent pas. Il faut s'efforcer d'institutionnaliser des *procédures contradictoires et représentatives*. De cette évolution, les juges communautaires n'ont peut-être pas tous la vision complète. Mais ils en aperçoivent quelque chose dès qu'ils font dépendre la participation de droits institutionnalisés par la Commission et contrôlés par le juge. En ce sens aussi, l'affaire *UEAPME* est précieuse. Ce qui doit en résulter n'est pas une mise sous tutelle de la société civile. A tous égards, la procédure est le contraire: elle offre des « garanties d'autonomie »²⁹⁹⁰.

B. Les garanties d'autonomie de la procédure

1013. Multiples sont, en théorie, les modalités d'une participation administrative fondée sur le contradictoire. Il n'est permis ici que de faire allusion à des mécanismes qui demandent à être étudiés plus en détail et adaptés dans chaque contexte particulier. De ce point de vue, la proposition de Franssen et Jacobs de résoudre la question de la représentativité, dans le cadre de la politique sociale communautaire, par la création d'un comité indépendant établissant quelques critères sûrs est fort intéressante²⁹⁹¹. Mais il n'est pas sûr qu'on puisse la généraliser. La difficulté tient en grande partie à l'inévitable enchevêtrement des procédures normatives et individuelles, centralisées et décentralisées, communautaires et nationales, qui se produit dans le secteur de la régulation sociale. A travers cette complexité, deux règles fondamentales devront nous guider. La première est que le droit de participer à la procédure ne doit pas dépendre d'intérêts privilégiés, déterminés à l'avance. Telle est la règle de la « procédure impartiale »²⁹⁹². La seconde est que celles des personnes qui disposent d'un intérêt spécial et direct à la norme proposée, ou éventuellement leurs représentants, doivent proportionnellement bénéficier de la protection

²⁹⁸⁷ On sait que la Commission est très favorable au principe d'une « autosélection par la communauté des ONG, par la désignation de représentants et l'établissement de réseaux ou de plateformes » (Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 2.3.1). Cette méthode est également préconisée par l'Agence pour l'évaluation des médicaments, qui retient deux critères à cette autosélection: il doit s'agir d'une organisation européenne, possédant une assemblée générale.

²⁹⁸⁸ Suivant un modèle « néolibéral » ou « égalitariste » tels qu'il sont définis par J. COHEN & J. ROGERS (*Secondary Associations and Democratic Governance*, in *ASSOCIATIONS AND DEMOCRACY*, E. O. Wright (ed.), Verso, London, New York, 1995, 12 et ss.). Sur le modèle libéral de « société civile » et sur ses prolongements, D. LOSCHAK, *La société civile: du concept au gadget*, in *LA SOCIÉTÉ CIVILE*, CURAPP, PUF, Paris, 1986, 45-75.

²⁹⁸⁹ Comp. avec le modèle « associatif » défendu par J. COHEN & J. ROGERS (*op. cit.*, 33 et ss).

²⁹⁹⁰ Sur la nécessité de telles garanties pour les associations dans le contexte français, J. CHEVALLIER, *op. cit.*, 75-77.

²⁹⁹¹ E. FRANSSEN & A.T.J.M. JACOBS, *The question of representativity in the European Social Dialogue*, CMLR, 1998, 1295-1312.

²⁹⁹² D.J. GALLIGAN, *op. cit.*, 474.

procédurale la plus poussée. Telle est la règle de la « démocratie participative »²⁹⁹³. Ces deux règles sont indissociables.

1. La sélection des intéressés

1014. Il faut insister d'abord sur la sélection des personnes susceptibles de participer à la procédure, car là est le centre de nombreuses difficultés pratiques. L'idée d'une *participation sélective* est commune au juriste. La séparation des personnes intéressées et des tiers exclus s'effectue en général aisément²⁹⁹⁴. Cependant, il ne faut pas renoncer à rechercher des « critères de représentativité »²⁹⁹⁵. La ligne générale retenue par la Commission est énoncée dans le document de discussion sur les ONG présenté en janvier 2000. Les critères de sélection qu'elle privilégie sont les suivants: à l'égard des organisations non économiques voulant participer, « - leur structure et leurs membres; - la transparence de leur organisation et leur mode de fonctionnement; - leur participation antérieure à des comités de travail; - leur expérience, qui prouve leur compétence pour intervenir à titre consultatif dans un domaine précis; - leur capacité de faire office de catalyseur pour l'échange d'informations et de vues entre la Commission et les citoyens »²⁹⁹⁶. Par ce dernier critère, la Commission montre bien qu'elle poursuit d'abord une recherche instrumentale et des « intérêts cognitifs »²⁹⁹⁷. Certes le souci de transparence et de démocratie interne aux groupes est affirmé²⁹⁹⁸. Mais « la tendance à l'absorption » des organisations se manifeste ici par le moyen de l'information²⁹⁹⁹. Elle privilégie ainsi l'efficacité au détriment de la responsabilité et de l'équité procédurales.

1015. A partir d'une approche « interactionniste » et « procédurale » de la participation³⁰⁰⁰, T. Webler a tenté d'établir des critères d'équité et de compétence³⁰⁰¹. Au titre des critères d'équité,

²⁹⁹³ En ce sens, « *those more directly affected by a decision should have a proportionally greater input in its preparation than others* » (K. LENAERTS, *Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community*, ELR, 1993, 24; également, W. VAN GERVEN, *op. cit.*, 75).

²⁹⁹⁴ En ce sens, D.J. GALLIGAN, *op. cit.*, 474-475.

²⁹⁹⁵ Tel est le souci affirmé mais non précisé par la Commission à l'égard des organisations de consommateurs au sein du Comité des consommateurs (Annexe II de la Décision 95/260/CE de la Commission du 13 juin 1995 portant création d'un comité des consommateurs, JOCE 1995, L 162/37).

²⁹⁹⁶ Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 2.3.1.

²⁹⁹⁷ Sur cette idée, K.-O. APEL, *ETHIQUE DE LA DISCUSSION*, traduit de l'allemand par M. Hunyadi, Cerf, Paris, 1994.

²⁹⁹⁸ Une consultation efficace suppose que « les ONG et les groupements d'ONG soient démocratiques et transparents quant à leurs membres et à leur prétention à la représentativité » (Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 2.2.).

²⁹⁹⁹ Cf. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, 74.

³⁰⁰⁰ Cette approche d'origine anglo-saxonne privilégie l'étude empirique des pratiques de participation. Voir par ex. R. KEMP, *Planning, Public Hearings, and the Politics of Discourse*, in *CRITICAL THEORY AND PUBLIC LIFE*, J. Forester (ed.), MIT Press, Cambridge (Mass.), 1985, 177-201; A. GARCIA, *Interactional constraints on proposal generation in mediation hearings: a preliminary investigation*, *Discourse and Society*, 1997, vol. 8, n° 2, 219-247. Pour des exemples d'utilisation empirique des travaux de J. Habermas, J. S. DRYZEK, *Discursive Designs: Critical Theory and Political Institutions*, *American Journal of Political Science*, 1987, n° 31, 656-679; R. BLAUG, *Between Fear and Disappointment: Critical, Empirical and Political Uses of Habermas*, *Political Studies*, 1997, 100-117.

³⁰⁰¹ Voir la liste exhaustive établie par T. WEBLER, « *Right* » *Discourse in Citizen Participation: An Evaluative Yardstick*, in *FAIRNESS AND COMPETENCE IN CITIZEN PARTICIPATION. Evaluation Models for Environmental Discourse*, O. Renn, T. Webler & P. Wiedemann (eds.), Kluwer, Dordrecht, 1995, 35-77.

toute préférence donnée aux groupes sectoriels, qui ont un caractère économique, sur des groupes de défense qui ont un caractère social et moral, doit être exclue³⁰⁰². De même, il importe d'assurer que les parties concernées aient l'occasion de fixer l'ordre du jour en commun. Cette exigence va à l'encontre des pratiques de la Commission consistant à « avoir son propre objectif et établir au préalable les critères et motifs de sélection pour les besoins d'un dialogue »³⁰⁰³. Non qu'il faille dénier à l'administration la compétence de la conduite des procédures. Mais il lui faudrait d'abord s'assurer que les garanties essentielles sont respectées. Au titre des critères de *compétence*, il importe notamment que les parties les moins organisées puissent avoir un accès privilégié aux sources de connaissance. Ainsi, toute préférence donnée à certains acteurs qui sont liés aux savoirs et aux institutions communautaires est exclue en principe. Dès lors, les critères de "l'expérience prouvée" et de la position des groupes en tant que "relais d'information" ne devraient point être considérés comme prioritaires.

2. La responsabilité procédurale de la Commission

1016. La responsabilité incombant à l'administration communautaire consistera aussi à étendre et à adapter les garanties de procédure à tout niveau d'exécution du droit communautaire. Plusieurs conséquences peuvent en être tirées.

1017. En premier lieu, la Commission doit s'assurer que le principe du contradictoire est respecté au sein des procédures déléguées. Cette exigence concerne aussi bien les procédures de normalisation³⁰⁰⁴ que les procédures de comité³⁰⁰⁵. En tout état de cause, on ne saurait invoquer le défaut de pouvoir décisionnel propre de ces organes. La jurisprudence *Technische* atteste l'obligation de respecter les garanties d'impartialité en cas de pouvoir délégué, fut-il dénué en droit de force contraignante³⁰⁰⁶.

1018. En second lieu, elle doit s'assurer que le principe est respecté au sein des procédures nationales décentralisées. Il est vrai que les Etats membres bénéficient d'une grande indépendance dans ces domaines, notamment si on les compare aux Etats dans le système fédéral américain³⁰⁰⁷. Cette indépendance, renforcée par le principe de subsidiarité, se reflète dans le

³⁰⁰² En ce sens, D.J. GALLIGAN, *op. cit.*, 480. L'auteur distingue les « *sectional groups* » (représentant un intérêt commun, ce sont des syndicats professionnels, des associations d'entreprises...) et les « *cause groups* » (représentant des principes universels, ce sont des associations de défense de l'environnement, des consommateurs...), et dénonce la domination des premiers sur les seconds au sein des procédures administratives nationales.

³⁰⁰³ Document de discussion de la Commission, *op. cit.*, 2.3.1.

³⁰⁰⁴ En ce sens, J. FALKE, *Achievements and Unresolved Problems of European Standardization: The ingenuity of Practice and the Queries of Lawyers*, in *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, C. Joerges, K.-H. Ladeur, E. Vos (Eds.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 219.

³⁰⁰⁵ En ce sens, C. JOERGES, "Good Governance" Through Comitology?, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 311-338.

³⁰⁰⁶ A propos d'un groupe d'experts, CJCE, 21 novembre 1991, *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*, C-269/90, I-5469.

³⁰⁰⁷ En ce sens, F. BIGNAMI, *Accountability and Interest Group Participation in Comitology. Lessons from American Rulemaking*, EUI, WP RSC, 99/3, Florence, 1999. En matière d'environnement, « *the statute requires*

principe d'autonomie procédurale. Le juge communautaire a toutefois clairement formulé le principe d'une protection procédurale qui doit s'étendre jusqu'à la phase nationale de la procédure³⁰⁰⁸. L'exigence de « fédéralisation de la procédure » prend ici tout son sens³⁰⁰⁹. L'idée n'est pas de coloniser les procédures nationales, mais de permettre à la Commission de garantir le respect des droits procéduraux dans les procédures dont elle a le contrôle.

3. La consécration des garanties et ses risques

1019. Du principe général du bonne administration, les trois garanties essentielles du contradictoire peuvent être déduites. En premier lieu, le public doit être informé de la règle proposée et des travaux préparatoires. En second lieu, les personnes intéressées doivent pouvoir présenter leurs observations sur la proposition, soit sous forme écrite, soit sous forme orale. Enfin, l'administration doit justifier de raisons valables et d'une prise en compte des avis exprimés à l'appui de la règle adoptée³⁰¹⁰.

1020. De la mise en place de ces garanties découlent il est vrai certains risques. Le Parlement européen ne serait-il pas menacé par la mise en place d'une véritable « démocratie administrative »? D. Gadbin craint que la jurisprudence *UEAPME* ait pour résultat d'affaiblir la démocratie politique et le rôle du Parlement³⁰¹¹. Il n'est pas douteux que l'intervention du Parlement doit si possible être préférée à celle des groupes, dont la représentativité est nécessairement limitée. Le risque, cependant, est mineur. Comme D. Gadbin le relève lui-même, cette jurisprudence ne concerne qu'une procédure alternative et limitée dans le cadre de l'adoption d'actes de base. Elle n'a pas vocation à être utilisée fréquemment. En outre, la mise en place d'un nouveau système procédural concerne plutôt les procédures d'exécution. A cet égard, le Parlement apparaît aujourd'hui plutôt démuné, et il n'est pas exclu qu'il puisse plutôt tirer avantage d'un tel système. En développant la transparence et la participation des groupes d'intérêt dans ces procédures, ce système pourrait faciliter le contrôle du Parlement. En ce sens, on peut dire que le Parlement est « l'allier naturel de ces groupes, non parce les parlementaires accèdent toujours à leurs demandes, mais parce que leurs intérêts concordent »³⁰¹². Ce qui n'exclut pas une amélioration des possibilités de participation politique des citoyens au niveau européen³⁰¹³.

that whenever a state acts in lieu of the EPA [Agence pour l'environnement - Environmental Protection Agency] that it follows the same notice and comment procedures. Thus even when a state instead of the EPA is responsible for implementation, the public is guaranteed the same level of participation ».

³⁰⁰⁸ Dans une jurisprudence certes isolée, mais essentielle (TPICE, 9 novembre 1995, *France-Aviation/Commission*, T-346/94, II-2841; pour l'analyse, *supra*, §§ 294 et ss.).

³⁰⁰⁹ Cf. H. NEHL, *PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN EC LAW*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 90-91.

³⁰¹⁰ Ces trois règles rappellent les garanties consacrées par l'Administrative Procedure Act aux Etats-Unis: *notice; comment; statement of reasons* (v. G. CAPT, *LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES EN DROIT AMERICAIN*, Librairie Droz, Genève, 1989).

³⁰¹¹ D. GADBIN, *op. cit.*, not. 45-46.

³⁰¹² B. KOHLER-KOCH, *op. cit.*, 55.

³⁰¹³ Cf. M. NENTWICH, *Opportunity for Citizens' Participation: The Case of the European Union*, EIoP, 1996, n° 1; C. HARLOW, *Citizen Access to Political Power in the European Union*, EUI, WP RSC, 99/2, Florence, 1999.

1021. Il existe un autre risque plus sérieux. C'est le danger d'« ossification » des procédures administratives³⁰¹⁴. On exprime ainsi que l'introduction de garanties procédurales serait coûteuse, en temps, en argent, et nuirait de ce fait à l'efficacité de l'action administrative. A cet argument, déjà opposé dans le cadre des procédures économiques, il est aisé de répondre que le respect d'une garantie ou d'un principe fondamental ne peut être réglé en fonction de difficultés pratiques³⁰¹⁵. Du point de vue des principes, il est même requis d'aider les personnes directement intéressées à la procédure, non seulement matériellement mais linguistiquement³⁰¹⁶. La Commission accorde déjà un très grand nombre d'aides aux ONG. Mais les subventions communautaires visent principalement à gérer des programmes d'intérêt européen, non à améliorer la situation juridique des groupes au sein des procédures décisionnelles³⁰¹⁷.

1022. Reste le principal risque évoqué par les auteurs³⁰¹⁸. Il porte sur l'étendue de contrôle juridictionnel. Un tel système suppose que le juge assure, en dernière instance, l'application effective de ces garanties. N'est-il pas vraisemblable, dès lors, que l'arbitraire du juge va se substituer à celui de l'administration? L'extension d'un strict contrôle procédural à un contrôle de fond très étendu a certainement marqué l'application des règles de l'*Administrative Procedure Act* aux Etats-Unis. Cette jurisprudence a nourri de nombreuses critiques dénonçant l'intrusion illégitime des organes juridictionnels dans le cours de l'action administrative. Cependant, il y a lieu de distinguer entre les juridictions américaines et les juridictions communautaires. Ces dernières ont toujours fait preuve d'un grand respect à l'égard des responsabilités politiques des institutions communautaires³⁰¹⁹.

1023. Mais si le risque semble écarté, l'organisation d'un contrôle approprié supposera un réaménagement des conditions de recevabilité des recours. La jurisprudence libérale qui s'est imposée en matière économique devrait être transposée et adaptée à la régulation sociale et aux procédures normatives. Pareille libéralisation a fait l'objet de demandes insistantes de la part de la doctrine communautaire³⁰²⁰. Or, c'est principalement en se fondant sur le principe procédural de

³⁰¹⁴ P.R. VERKUIL, *Rulemaking Ossification. A Modest Proposal*, *Administrative Law Review*, 1995, 453-459.

³⁰¹⁵ De manière générale, CJCE, 15 novembre 1994, Avis 1/94 (Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce), pt 107, I-5420; en ce qui concerne les droits de la défense, *supra*, § 686.

³⁰¹⁶ En ce sens, S.G. HADDEN, *Regulatory Negotiation as Citizen Participation: A Critique*, in *FAIRNESS AND COMPETENCE IN CITIZEN PARTICIPATION. Evaluation Models for Environmental Discourse*, O. Renn, T. Webler & P. Wiedemann (eds.), Kluwer, Dordrecht, 1995, 244-248; E. VOS, *op. cit.*, 298.

³⁰¹⁷ Cf. Document de discussion, *op. cit.*, 3. (« Questions budgétaires »), 4. (« Problèmes de gestion »).

³⁰¹⁸ Cf. M. SHAPIRO, *The giving Reasons Requirement*, *University of Chicago Legal Forum*, 1992, vol. 179, 179-220.

³⁰¹⁹ Voy. déjà J. RIDEAU, *JURIDICTIONS INTERNATIONALES ET CONTROLE DU RESPECT DES TRAITES CONSTITUTIFS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES*, Paris, LGDJ, 1969; D. RITLENG, *LE CONTROLE DE LA LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 661 et ss.; en dernier lieu, R. DEHOUSSE, *Towards a Regulation of Transnational Governance? Citizen's Rights and the Reform of Comitology Procedures*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 109-128.

³⁰²⁰ Cf. P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier d'un acte communautaire de portée générale*, RTDE, 1994, 171-194; D. WAELEBROECK & A.-M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, CDE, 1995, 399-441; G. VANDERSANDEN, *Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui lui sont adressées*, CDE, 1995, 535-552.

bonne administration qu'on suggérera ici la consécration d'un droit légitime au recours. Les principes dégagés lors de l'étude du contentieux économique valent également en cette matière. Classiquement, le contentieux est le moment aigu de la contestation. Or, suivant cette conception, il n'est que le prolongement d'une délibération et d'un débat contradictoire. Ainsi, le contrôle juridictionnel, loin d'être réduit à la défense d'un formalisme procédurier, trouvera dans la procédure le moyen de procéder au partage équitable des responsabilités, dans le respect d'un équilibre institutionnel élargi³⁰²¹.

1024. La « théorie de la subsidiarité judiciaire » doit être repensée dans ce cadre. Dès lors que de véritables droits procéduraux sont reconnus dans l'ensemble de la régulation sociale communautaire et que la Commission a le devoir de les faire respecter, la limitation stricte des voies de recours ne se justifie plus. Le recours préjudiciel cesse d'être une voie supplétive. L'affaire *Greenpeace* est la dernière manifestation de la position restrictive du juge. Elle révèle la faiblesse d'une telle position. En l'espèce, les recours nationaux intentés par les requérantes étaient loin d'avoir abouti, et toute procédure préjudicielle semblait improbable³⁰²².

1025. En conclusion, il n'est plus interdit de rapprocher participation normative et protection procédurale individuelle³⁰²³. Selon B. Latour, le « *due process* », toujours opposé à l'accélération du processus normatif, est synonyme de « *représentation* »³⁰²⁴. Des procédures « juridictionnalisées » aux procédures normatives existe une continuité. Seuls en effet les mécanismes institutionnels diffèrent: mais toutes se tiennent dans un certain formalisme protecteur du droit³⁰²⁵.

³⁰²¹ Cf. *supra*, §§ 631 et ss.

³⁰²² Cf. Conclusions de l'avocat général Cosmas, §§ 75, 84, [1998] I-1681, 1685; v. aussi les critiques de S. SCHIKHOF, *Direct and Individual Concern in Environmental Cases: The Barriers to Prospective Litigants*, European Environmental Law, October 1998, 276-281.

³⁰²³ En ce sens, D.J. GALLIGAN, *op. cit.*, 1996, 476.

³⁰²⁴ B. LATOUR, *POLITIQUES DE LA NATURE. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, La Découverte, Paris, 1999, 177.

³⁰²⁵ En ce sens, K. GÜNTHER, *Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas*, European Journal of Philosophy, April 1995, 36-54.

Chapitre III

LES PROCEDURES DE COMITES

1026. La « comitologie » est un barbarisme³⁰²⁶ désignant une « pathologie spécifiquement communautaire »³⁰²⁷. Lors de l'attribution de compétences d'exécution, le Conseil peut prévoir, dans l'acte de base, des « modalités d'encadrement »³⁰²⁸. Elles consistent à faire assister la Commission par un comité composé de représentants nationaux³⁰²⁹. Cette procédure a suscité une vive controverse institutionnelle, à peine éteinte aujourd'hui. Le régime des comités exprime d'abord la volonté d'assurer la présence des Etats membres dans la phase d'adoption des mesures d'exécution de textes de base. Il a acquis une telle importance que la Communauté est souvent présentée aujourd'hui comme un « gouvernement de comités »³⁰³⁰. A grands traits, l'expression enveloppe l'ensemble des comités entourant les institutions communautaires, non seulement les comités « politiques » mais aussi les comités d'experts et de consultation³⁰³¹.

1027. L'attention portée aux comités s'est surtout concentrée sur l'histoire de la controverse institutionnelle. Celle-ci expose les thèmes traditionnels de la répartition et de la délégation des pouvoirs. Elle décrit les limites de la fonction exécutive dans la Communauté. Elle s'attache à la

³⁰²⁶ Rose ACKERMAN, familière du droit administratif américain, écrit que « la pratique communautaire a adopté l'expression malheureuse de "comitologie", qui sonne comme un cousin de cosmologie ou cosmétologie — peut-être le terme a-t-il une meilleure consonnance en Allemand ou en Français » (*Introduction*, Columbia Journal of European Law, 1998, vol. 4, 494; notre trad.). Il est permis d'en douter.

³⁰²⁷ D. SIMON, *LE SYSTEME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1998, n° 108.

³⁰²⁸ Art. 202 tiret 3 CE: « le Conseil confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution. Les modalités visées ci-dessus doivent répondre aux principes et règles que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après avis du Parlement, aura préalablement établis ».

³⁰²⁹ Voir en général C. BLUMANN, *Comitologie*, in *DICTIONNAIRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES*, A. Barav & C. Philip (éd.), PUF, Paris, 1993; pour une bibliographie complète, v. R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 195-204.

³⁰³⁰ W. WESSELS en dénombre environ 410 en 1997, chiffre confirmé par les services de la Commission (*Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system*, JEPP, 1998, 219). Le nombre d'avis rendus par ces comités a doublé entre 1971 et 1994, passant de 1400 à 2800. Pour une analyse statistique complète du système des comités, secteur par secteur, v. J. FALKE, *Comitology and Other Committees: A Preliminary Empirical Assessment*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 117-165.

³⁰³¹ Cf. D. SIDIJANSKI, *Communauté européenne 1992: gouvernement de comités?*, *Pouvoirs*, n° 48, 1989, 71-80; P. VAN DER KNAPP, *Government by Committee: Legal Typology, Quantitative Assessment and Institutional Repercussions of Committees in the European Union*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 83-116. L'expression n'a pas seulement une vertu descriptive; elle recèle aussi l'ambition de rechercher un nouveau régime constitutionnel d'organisation des pouvoirs. Telle était du moins l'intention de K.C. WHEARE, élaborant l'expression pour analyser le processus gouvernemental britannique, *GOVERNMENT AND COMMITTEE: An Essay on the British Constitution*, Clarendon, Oxford, 1955.

classification et aux modes formels d'organisation des comités³⁰³². Analyses précieuses, mais qui intéressent plus les rapports au sein du triptyque Conseil-Parlement-Commission que les comités eux-mêmes. La perspective reste extérieure.

1028. La difficulté à étudier de l'intérieur les procédures de comité peut se comprendre, si l'on prête attention à leur diversité et à leur complexité. La comitologie est le type même du « fait administratif complexe »³⁰³³. Pour saisir les liens réels unissant les comités avec le pouvoir de décision de la Commission, il convient de déplacer l'analyse vers les mécanismes informels, les aspects administratifs et les techniques spécifiques des comités. Dès lors apparaît une réalité nouvelle: une administration complexe, fonctionnelle et délibérante. Il faut se demander comment ces procédures qui étaient destinées à encadrer la Commission ont fini par accroître sa capacité fonctionnelle d'initiative et d'innovation³⁰³⁴. Privilégier la flexibilité des modes de coordination entre les différents acteurs de la comitologie permet de montrer que ces procédures développent, dans le processus de décision, des pathologies nouvelles (I). Comment y remédier? Depuis quelques années déjà, la jurisprudence semble décidée à développer des garanties juridiques au sein des procédures de comités. La définition de nouvelles « modalités » d'encadrement est-elle envisageable? A l'horizon se dessine la définition d'un nouvel équilibre institutionnel (II).

SECTION I. L'EFFICACITE DES PROCEDURES DE COORDINATION ADMINISTRATIVE

1029. L'histoire agitée de la comitologie a trouvé semble-t-il un terme et un repos provisoires avec la Décision du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission³⁰³⁵. La gravité de la controverse qui a longtemps opposé les institutions à ce sujet peut surprendre. Si ses modalités sont encore discutées, l'efficacité du système des comités n'est plus mise en doute aujourd'hui. Il n'en a pas toujours été ainsi. Longtemps, ses modalités étaient trop opaques pour qu'apparût son importance. On reconnaît à présent que, loin d'être un obstacle à l'intégration, ce système est au contraire un support efficace au développement d'une coopération entre les administrations de l'Union. Il facilite de ce fait la mise en œuvre du droit communautaire. Mais le point de vue de l'efficacité doit maintenant être dépassé. Après la crise de l'ESB, l'enjeu est celui de la légitimité de ces procédures³⁰³⁶.

³⁰³² Cf. M. AYRAL, *Essai de classification des groupes et comités*, RMC, 1975, 330-342; W. NICOLL, *Qu'est-ce que la comitologie?*, RMC, 1987, 185-187; J. RIDEAU, *Chronique européenne — la comitologie*, AEAP, vol. X, 1987, 739-758.

³⁰³³ Au sens défini par le *TRAITE DE SCIENCE ADMINISTRATIVE*, Mouton, Paris, La Haye, 1966 (v. not. les études de P. BANDET & L. MEHL, *Le fait administratif: nature, origine et développement*, 80-91; et de G. LANGROD, *La science administrative et sa place parmi les sciences voisines*, 92-123).

³⁰³⁴ Cf. N. LEBESSIS & J. PATERSON (Forward Studies Unit, European Commission), *THE FUTURE OF EUROPEAN REGULATION*, WP 1997, n° 2.4.

³⁰³⁵ Voir l'analyse détaillée de K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the E.U.? The Contribution of the New Comitology Decision*, CMLR, 2000, 645-686.

³⁰³⁶ En ce sens, R. DEHOUSSE, *Towards a Regulation of Transnational Governance? Citizen's Rights and the Reform of Comitology Procedures*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 109-128; v. également Y. PETIT, *A propos du rapport de la*

1030. Il faut considérer la comitologie et son histoire dans ces deux perspectives. La lutte du Parlement correspond, au-delà de la défense d'intérêts institutionnels, à la volonté d'imposer un certain contrôle « démocratique » dans ces procédures (I). Faute de mesurer le décalage qui existe entre l'organisation formelle et le fonctionnement réel des comités, elle n'épuise pas cette aspiration. Elle reste en deçà de ses ambitions. Il faut se représenter les procédures de comités comme l'ultime étape de la procédure d'exécution, qui a une vie largement autonome sous le contrôle de la Commission. C'est dans cette perspective qu'il faut reprendre la question de la *légitimité* (II).

§ I. LA CONTROVERSE INSTITUTIONNELLE: LES LIMITES DE LA « DEMOCRATISATION »

1031. Au début des années soixante, le développement des politiques communautaires, multipliant les tâches du Conseil, fit chercher dans l'ex-article 155 du traité [article 211 actuel] le principe général d'une délégation de compétences³⁰³⁷. Cependant, la délégation ne pouvait consister à confier des tâches nouvelles à la Commission. Pour les Etats membres, il en serait résulté une dépossession inacceptable de leurs pouvoirs de direction et de contrôle. Ainsi s'est formé *praeter legem* un système général de comités composés de représentants des Etats membres consultés par la Commission avant toute prise de décision³⁰³⁸. En cas de désaccord entre le comité consulté et la Commission, en certains cas, un droit d'évocation du Conseil était réservé. Rien d'étonnant à ce que le domaine d'émergence des comités fut celui où les tâches étaient les plus grandes et les intérêts nationaux les plus sensibles: la politique agricole commune³⁰³⁹. La Cour de justice en fixa les bases dans le célèbre arrêt *Köster*, à propos des comités dits de « gestion ». Les formules de l'arrêt sont entrées dans « l'acquis communautaire »:

« attendu que le comité de gestion a pour fonction d'assurer une consultation permanente afin d'orienter la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le Conseil et de permettre à celui-ci de substituer son action à celle de la Commission; que le comité de gestion n'a donc pas le pouvoir de prendre une décision aux lieu et place de la Commission ou du Conseil; que, dès lors, sans fausser la structure communautaire et l'équilibre institutionnel, le mécanisme du comité de gestion permet

commission d'enquête temporaire du Parlement européen sur la maladie de la « vache folle », Europe, 1997, Chron. n° 7.

³⁰³⁷ Voir, de manière générale, C. DEMMKE, E. EBERHARTER, G.F. SCHAEFER, A. TÜRK, *The History of Comitology*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 61-82.

³⁰³⁸ Selon la doctrine dominante, ce système se justifie alors par le fait que le pouvoir général de décision reconnu au Conseil assigne à la Commission des limites particulières (D. SCHINDLER, *Problems of decision-making by way of the management committee procedure in the European Economic Community*, CMLR, 1971, 184-205).

³⁰³⁹ Cf. C. BERTRAM, *Decision-Making in the E.E.C.: The Management Committee Procedure*, CMLR, 1967-1968, 246-265; A. SWENBANK, *The Common Agricultural Policy and the Politics of European Decision Making*, JCMS, 1989, 303-322; C.A. TROTMAN, *Agricultural Policy Management: A Lesson in Accountability*, CMLR, 1995, 1385-1406.

au Conseil d'attribuer à la Commission un pouvoir d'exécution d'une étendue appréciable, sous réserve d'évoquer éventuellement la décision; que la légitimité de la procédure dite « du comité de gestion », dans les termes des articles 25 et 26 du règlement n° 19, ne saurait dès lors être contestée au regard de la structure institutionnelle de la Communauté... »³⁰⁴⁰

Depuis lors, il est vrai, le système s'est étendu. Les nouvelles contraintes imposées au Conseil par le programme de la réalisation du marché intérieur exigeaient un « recentrage » de son activité sur sa tâche législative³⁰⁴¹. Une remise en ordre des diverses procédures d'exécution s'avérait dès lors nécessaire.

A. Les étapes de la controverse

1032. L'Acte unique européen apporte une modification à l'article 145 du traité de Rome, disposant que « le Conseil confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit ». De cette modification, on tire la conséquence que la Commission détient désormais « le pouvoir exécutif de droit commun »³⁰⁴². Il reste que le Conseil « peut également se réserver, *dans des cas spécifiques*, d'exercer directement des compétences d'exécution ». En ce cas, cependant, le Conseil doit motiver sa décision « de façon circonstanciée »³⁰⁴³. La Cour exerce ici un contrôle restreint: il n'appartient pas au juge d'intervenir sur le choix du Conseil et d'apprécier la nature des « cas spécifiques »³⁰⁴⁴. Au cas où il déciderait de ne pas évoquer l'exercice des compétences d'exécution, « le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités ». Ces modalités, ce sont les procédures de comités: elles existaient avant 1986, elles sont désormais reconnues par le traité. Mais il y a une innovation: tandis que les procédures proliféraient au mépris visible de toute rationalité, il est prévu que les modalités d'encadrement « doivent répondre aux principes et règles que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après avis du Parlement européen, aura préalablement établis ».

1. La Décision 87/373 et les accords successifs

1033. Sur proposition de la Commission³⁰⁴⁵, le Conseil adopte la Décision 87/373 du 13 juillet 1987 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution³⁰⁴⁶. Les procédures de

³⁰⁴⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster*, aff. 25-70, pt 9, Rec. 1173.

³⁰⁴¹ Cf. J.-P. JACQUÉ, *Implementing Powers and Comitology*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 60-61.

³⁰⁴² Cf. C. BLUMANN, *Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen*, RTDE, 1988, 23-59.

³⁰⁴³ CJCE, 24 octobre 1989, *Commission/Conseil*, aff. 16/88, pt 10, Rec. 3457 (adde: C. BLUMANN, RTDE, 1990, 170-190).

³⁰⁴⁴ En ce sens, J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, 61.

³⁰⁴⁵ Celle-ci a présenté deux propositions successives: l'une du 3 mars 1986 (JOCE 1986, C 70/6), l'autre du 25 novembre 1986 (COM(86) 702 final) après avis du Parlement du 9 juillet 1986 (JOCE 1986, C 227/54).

³⁰⁴⁶ JOCE 1987, L 197/33. Pour une analyse complète, C.D. EHLERMANN, *Compétences d'exécution conférées à la Commission — La nouvelle décision-cadre du Conseil*, RMC, 1988, 222-239.

comités sont limitées à trois, les deux dernières étant assorties de variantes³⁰⁴⁷. Il n'y a pas encore de critères pour choisir entre elles. Suivant la procédure de type I, la Commission est assistée par un *comité consultatif*. Le comité émet un avis, éventuellement à l'issue d'un vote, sur le projet de mesures soumis par la Commission. Les effets en sont limités, puisque la Commission se contente de tenir « le plus grand compte » de cet avis. Cette formule recueille la faveur de la Commission³⁰⁴⁸. En pratique, elle a pourtant rarement été retenue par le Conseil. La procédure de type II reproduit une formule traditionnelle établie dans le secteur agricole et prévoit l'assistance d'un *comité de gestion*. Le comité émet un avis à la majorité qualifiée, sur la base duquel la Commission arrête des mesures immédiatement applicables. En cas de mesures contraires à l'avis, le Conseil doit être saisi. Deux variantes sont alors possibles. Dans la variante a), la Commission *peut* différer l'application de sa décision d'un *mois*, délai durant lequel le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut prendre une décision différente. Dans la variante b), la Commission *diffère* l'application de la décision dans un délai fixé par l'acte de base, délai ne pouvant excéder trois mois, durant lequel le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut prendre une décision différente. Il en résulte, en toute hypothèse, que des mesures d'exécution pourront être mises en œuvre. Tel n'est pas toujours le cas dans la procédure de type III: c'est elle qui a suscité le plus de contestations. Le *comité de réglementation* émet un vote au terme d'une procédure identique à la précédente. Mais, en cas de décision contraire ou d'absence d'avis, la Commission soumet sans tarder une proposition au Conseil. Deux variantes se présentent ici. Dans la variante a), le Conseil dispose du délai fixé dans chaque acte de base, mais qui ne peut excéder trois mois, pour adopter la proposition. Si elle ne le fait pas, la Commission arrête les mesures proposées. Cette procédure prévoit ainsi un « filet de sécurité » assurant qu'une décision sera prise. Dans la variante b), le Conseil peut dans le même délai se prononcer à la majorité simple contre la proposition de la Commission. Il est alors interdit à la Commission d'adopter les mesures proposées. De là son nom de « contre-filet », dans la mesure où elle est susceptible d'aboutir à une situation de blocage et de vide juridique.

1034. Cette dernière procédure a fait surgir une objection: ne conduit-elle pas en effet à retirer à la Commission le pouvoir d'exécution dont elle dispose au terme du traité? Se fondant sur l'atteinte au principe de l'équilibre institutionnel et la violation du traité, le Parlement a tenté de contester cette procédure devant la Cour. Pour défaut de légitimation active, son recours a été jugé irrecevable³⁰⁴⁹. Mais la « guérilla parlementaire » ne s'arrêtera pas là³⁰⁵⁰. Elle dut pourtant compter avec la jurisprudence de la Cour qui s'efforcera, dans le même temps, de légaliser la pratique comitologique³⁰⁵¹. Il a ainsi été jugé que la variante b) du comité de réglementation n'est pas contraire au droit communautaire dans la mesure où elle offre toujours à la Commission la

³⁰⁴⁷ Signalons que les procédures de sauvegarde n'entrent pas dans le champ de cette étude.

³⁰⁴⁸ Cf. G. CIAVARINI-AZZI, *Comitology and the European Commission*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 51-55.

³⁰⁴⁹ CJCE, 27 septembre 1988, *Parlement/Conseil*, C-302/87, Rec. 5615; v. également J.H.H. WEILER, *Pride and Prejudice — Parliament v. Council*, ELR, 1989, 334-346 (adde: CJCE, 22 mai 1990, *Parlement européen/Conseil*, C-70/88, I-2041).

³⁰⁵⁰ Cf. J.L. SAURON, *Comitologie: comment sortir de la confusion?*, RMUE, 1999/1, 31-78.

possibilité de présenter une nouvelle proposition³⁰⁵²; que le champ d'application de la comitologie doit être entendu largement: il s'étend au pouvoir d'exécution financière détenu par la Commission en vertu de l'article 274 CE [ex-art. 205]³⁰⁵³; que la Commission peut même aller jusqu'à l'application d'une procédure de comité par analogie, dès lors qu'elle est seul titulaire du pouvoir d'exécution³⁰⁵⁴; enfin, que le Conseil demeure maître du choix de procédure à utiliser³⁰⁵⁵. Telles sont les étapes marquantes d'une jurisprudence qui apparaît « prudente, équilibrée et "légitimiste" »³⁰⁵⁶.

1035. La jurisprudence de la Cour ne découragera pas le Parlement. Dès 1968, « la bataille s'engage »³⁰⁵⁷. Celui-ci dénonce la mise en cause du pouvoir exécutif de la Commission, et, par conséquent, la remise en cause de ses propres pouvoirs de contrôle³⁰⁵⁸. Par un échange de courrier entre M. Plumb, Président du Parlement, et M. Delors, Président de la Commission, connu sous le nom d'« *Accord Plumb-Delors* », il obtint que « la Commission transmettra dorénavant au

³⁰⁵¹ Cf. A. TÜRK, *Case Law in the Area of the Implementation of EC Law*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 160-192.

³⁰⁵² CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi/Denkavit*, aff. 5/77, Rec. 1555. L'arrêt a été rendu sur question préjudicielle portant sur la validité d'une directive 74/63 concernant la fixation de teneurs maximales pour les substances et produits indésirables dans les aliments des animaux, dont les conditions sont établies en annexe (JOCE 1974, L 38/31). Pour tenir compte de l'adaptation à l'évolution des connaissances scientifiques et techniques, une clause de sauvegarde est prévu réservant aux Etats, estimant que la teneur maximale présente un danger pour la santé animale ou humaine, la possibilité de réduire temporairement la teneur maximale ou d'interdire la présence de substances dans ces aliments (art. 5 de la directive). Mais pour éviter un usage abusif de cette faculté, une procédure de modification éventuelle de l'annexe est immédiatement appliquée par la Commission. Cette procédure est une procédure de réglementation faisant intervenir la Comité permanent des aliments des animaux (art. 10). D'où la question de savoir si l'article 5 peut être considéré comme valide dans la mesure où il étendrait les pouvoirs de l'Etat membre au-delà des limites justifiées par l'article 36 du traité [art. 30] et leur permettrait, par le jeu de l'art. 10 de la directive, de se soustraire, sans limite de temps, aux dispositions directement applicables de l'article 30 du traité [art. 28] (pt 48, Rec. 1579). A cela, la Cour répond « qu'il est exact que la dernière phrase de l'article 10 s'oppose à ce que la Commission (...) mette en vigueur la proposition écartée par le Conseil », « que la Commission reste cependant compétente pour édicter (...) toute autre mesure qu'elle estimerait appropriée » (pts 54 et 55, Rec. 1580). Elle conclut à la validité de la directive. Jurisprudence confirmée un an plus tard, par le refus d'engager la responsabilité de la Commission du fait de l'absence de décision adoptée directement au terme de la procédure de comité (CJCE, 5 décembre 1978, *Denkavit/Commission*, aff. 14/78, Rec. 2497).

³⁰⁵³ CJCE, 24 octobre 1989, *Commission/Conseil*, aff. 16/88, pts 15 à 18, Rec. 3486-3487 (3457).

³⁰⁵⁴ CJCE, 14 novembre 1989, *Grèce/Commission*, aff. 30/88, pts 22-24, Rec. 3740 (3711).

³⁰⁵⁵ CJCE, 10 mai 1995, *Parlement/Conseil*, C-417/93, pts 17 à 27, I-1216-1218 (1185). Mais en ce cas, dans la mesure où cette modification affecte de manière décisive l'équilibre général des compétences, la reconsultation du Parlement pourra être nécessaire. Il semble qu'il en est ainsi dans des cas limités. Dans cette affaire, la Cour a considéré que la modification comité de gestion, variante a), à un comité de réglementation, variante a), ne doit pas être regardée comme une modification substantielle exigeant la reconsultation du Parlement. Suivant une jurisprudence constante (par ex. CJCE, 1er juin 1994, *Parlement/Conseil*, C-388/92, I-2067), une modification substantielle de la proposition de la Commission après avis du Parlement par le Conseil exige en effet que le Parlement soit reconsulté. En matière de comitologie, l'avocat général Léger est d'avis que seule une transformation d'une procédure de type II.a, II.b et III.a à une procédure de type III.b justifie une reconsultation (§§ 90-92, I-1205). K.C. BRADLEY considère cependant qu'il convient d'être prudent avant d'établir une équivalence entre ces formules (*Institutional Aspects of Comitology: Scenes from the Cutting Room Floor*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 78).

³⁰⁵⁶ J.L. SAURON, *op. cit.*, 48.

³⁰⁵⁷ Cf. C. REICH, *Le Parlement européen et la « comitologie »*, RMC, 1990, 319-323.

³⁰⁵⁸ K.C. BRADLEY, *The European Parliament and Comitology: On the Road to Nowhere?*, ELJ, 1997, 230-254.

Parlement, pour information, les projets de décision ». A l'usage, cette procédure fut jugée peu efficace³⁰⁵⁹. De nouveaux accords s'ensuivirent³⁰⁶⁰.

1036. L'instauration de la procédure de codécision par le traité de Maastricht, consacrant le pouvoir législatif du Parlement, fut décisive. Selon le Parlement, les actes d'exécution pris conformément à cette procédure ne devaient plus échapper à son contrôle. Il y aurait lieu d'« accorder à la Commission la délégation la plus étendue pour les actes normatifs d'exécution, tout en maintenant aux institutions législatives un pouvoir de contrôle politique »³⁰⁶¹. Pratiquement, l'article 145 et les dispositions de la décision 87/373 s'appliqueraient uniquement aux « actes du Conseil », et non aux actes du Conseil et du Parlement. A cela, le Conseil objecta que les actes adoptés selon la procédure de l'article 189 B sont bien des actes adoptés par le Conseil³⁰⁶². Selon ce dernier, le fait que les propositions de modification de l'article 145 n'aient pas abouti au terme de la conférence intergouvernementale prouvait la volonté claire des auteurs du traité sur l'Union européenne de maintenir le *statu quo*.

1037. S'intensifiant, le conflit menaçait de compromettre le bon fonctionnement du processus de décision³⁰⁶³. En juillet 1994, pour ce motif, le Parlement allait jusqu'à rejeter la proposition de directive relative à la téléphonie vocale³⁰⁶⁴. Dès lors un véritable compromis s'imposait. Dès le 27 mai 1994, la Commission proposait un projet d'accord institutionnel confiant à la Commission le pouvoir d'adopter des mesures d'exécution après avis d'un comité consultatif et du Parlement européen, sous réserve d'une abrogation de l'acte d'exécution adoptée par le Parlement ou le Conseil³⁰⁶⁵. Dans la mesure où elle remettait en cause la décision 87/373, cette proposition était inacceptable pour le Conseil. Au terme d'une nouvelle négociation entre les trois institutions, un accord fut conclu³⁰⁶⁶. Ce « *modus vivendi* », entré en application en avril 1996 après approbation

³⁰⁵⁹ Rapport du Parlement, 19 novembre 1990, A 3-0310/90, PE 141.457/fin, 5. Voir F. JACOBS, R. CORBETT & M. SCHACKLETON, *THE EUROPEAN PARLIAMENT*, Longman, London, 1992, 232-233.

³⁰⁶⁰ Accord dit « Klepsch-Millan » du 13 juillet 1993 concernant un code de conduite sur la mise en œuvre par la Commission des politiques structurelles (JOCE 1993, C 255/19); Accord dit « Samland-Williamson » du 25 septembre 1996 concernant la transparence des travaux des comités de gestion et de réglementation (Commission des C.E., *Rapport général sur l'activité de l'Union européenne (1996)*, 1997, n° 1035).

³⁰⁶¹ Parlement européen. Résolution sur les problèmes de comitologie liés à l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne, cons. C., JOCE 1993, C 20/76.

³⁰⁶² La Cour confirme cette interprétation lorsqu'elle déclare que « précision supplémentaire, les actes du Conseil sont ceux dont il est l'auteur, soit seul, soit en codécision avec le Parlement européen ». « Il ressort en effet de différentes dispositions du traité CE (voir, notamment, les articles 56, paragraphe 1, seconde phrase [art. 46 § 2], 100 A, paragraphe 1, seconde phrase [art. 95 § 1], et 129 A, paragraphe 2 [art. 153 § 4]) que les actes qui sont adoptés conjointement par le Conseil et le Parlement sont considérés comme des actes du Conseil » (CJCE, 2 octobre 1997, *Parlement/Conseil*, C-209/95, pt 26, I-5322).

³⁰⁶³ J.-D. NUTTENS, *La « comitologie » et la Conférence intergouvernementale*, RMC, 1996, 317-318.

³⁰⁶⁴ JOCE 1994, C 261. Voir D. EARNSHAW & D. JUDGE, *Early Days: The European Parliament, Co-Decision and the European Union Legislative Process post-Maastricht*, JEPP, 1995, 634-636.

³⁰⁶⁵ Commission des C.E., *Projet d'accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur les compétences d'exécution des actes arrêtés conjointement par le Parlement et le Conseil selon la procédure prévue à l'article 189 B du traité instituant la Communauté européenne*, SEC(94) final/2.

³⁰⁶⁶ Parlement européen, Conseil, Commission, *Modus vivendi conclu le 20 décembre 1994, entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission concernant les mesures d'exécution des actes arrêtés selon la procédure visée à l'article 189 B du traité CE*, JOCE 1995, C 293/1.

des trois institutions, s'avère très en retrait par rapport au projet de la Commission³⁰⁶⁷. De fait, les orientations posées dans ce document « *ne préjugent en rien les positions de principe exprimées par les trois institutions* ». Il contient essentiellement deux types de mesures: le Parlement obtient le droit d'être mieux informé des mesures envisagées par la Commission et celui d'être consulté en cas d'avis négatif du comité. Mais le Conseil n'en conserve pas moins le pouvoir exclusif du dernier mot. D'autre part, sont maintenues les formules de comités existantes. Conformément à ce que prévoyait le *modus vivendi*, le système devait faire l'objet d'un nouvel examen lors de la conférence intergouvernementale de 1996. Les auteurs du traité d'Amsterdam s'en tenaient cependant à une Déclaration invitant la Commission « à présenter au Conseil, au plus tard à la fin de 1998, une proposition modifiant la décision du Conseil du 13 juillet 1987 », sur la base du nouvel article 202 [ex-art. 145] inchangé.

2. La nouvelle Décision 99/468

1038. La proposition de la Commission date du 24 juin 1998³⁰⁶⁸. Grande est son ambition. L'existence de la comitologie n'est pas contestée. Mais trois objectifs essentiels sont visés: rationaliser l'utilisation des procédures en fixant des critères de choix de la procédure d'exécution; simplifier le système en réduisant le nombre de formules possibles; renforcer le contrôle démocratique de l'exercice des compétences d'exécution, « dans le respect de la séparation des pouvoirs entre exécutif et législatif »³⁰⁶⁹. La lecture de ces dispositions techniques fait clairement apparaître un affaiblissement du rôle des comités et du Conseil³⁰⁷⁰. L'idée générale est de consacrer l'autonomie de la Commission dans le pouvoir d'exécution, en renforçant le contrôle du Législateur, Conseil et Parlement réunis. Cette proposition a soulevé l'opposition du Conseil, qui se demande: « un régime parlementaire est-il envisageable? »³⁰⁷¹. Il est vrai que la saisine du Parlement, en cas d'avis négatif dans le cadre des procédures de codécision, marque une évolution. Elle indique certainement une remise en cause de la philosophie originaire de la comitologie. Expression de « l'intergouvernementalisme », celle-ci repose traditionnellement sur le principe des compétences d'exécution des Etats membres et, *par représentation*, du Conseil³⁰⁷². A l'examen de la proposition, on ne saurait cependant s'exagérer l'ampleur du bouleversement. D'une part, l'information et les moyens d'intervention du Parlement restent limités. D'autre part, le droit d'évocation qui lui est reconnu ne trouve à s'appliquer que dans les

³⁰⁶⁷ Sur la nature juridique de cet accord, C. BLUMANN, *Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen*, RTDE, 1988, 23-59.

³⁰⁶⁸ COM(1998) 380 final.

³⁰⁶⁹ Exposé des motifs; v. également la présentation de la proposition au Parlement par M. Oreja (Agence Europe, 18 septembre 1998, n° 7303).

³⁰⁷⁰ J.L. SAURON, *op. cit.*, 55.

³⁰⁷¹ Telle est la question posée par la voix de l'un de ses fonctionnaires (H. KORTENBERG, *Comitologie: le retour*, RTDE, 1998, 317-327).

³⁰⁷² « Certes, il existe, dans les cas des comités de gestion et de réglementation, une possibilité d'évocation par le Conseil lorsque le comité est en désaccord avec la Commission, mais il ne s'agit pas, comme on pourrait le croire, d'un retour au législateur. Dans ce cas, le Conseil agit comme détenteur du pouvoir exécutif » (H. KORTENBERG, *op. cit.*, 320; nous soulignons).

procédures de réglementation. Les critiques du Parlement sur la proposition révèlent qu'on est encore loin d'un système de « législation déléguée »³⁰⁷³.

1039. A cet égard, la Décision 1999/468 du Conseil adoptée le 28 juin 1999 apparaît comme le résultat d'un nouveau compromis³⁰⁷⁴. Elle n'exclut pas des progrès importants qui portent sur la simplification et l'efficacité des procédures. Elle échoue cependant à « sortir de la confusion »³⁰⁷⁵. Seule, sans doute, une réforme constitutionnelle d'envergure permettrait de trouver une solution satisfaisante, en clarifiant les rapports entre l'exécutif et le législatif. Il convient de faire brièvement état des avancées acquises.

1040. En premier lieu, les critères de choix des comités sont clarifiés. Ainsi « la procédure consultative est appliquée chaque fois qu'elle est considérée comme la plus appropriée ». Elle n'a pas, comme dans la proposition de la Commission, le statut de procédure de droit commun³⁰⁷⁶; c'est « une catégorie résiduelle »³⁰⁷⁷. La procédure de gestion devrait être choisie pour toutes les « mesures de gestion », tandis que la procédure de réglementation est réservée aux cas de « mesures de protée générale » appliquant les éléments essentiels d'un acte de base et aux cas d'adaptation des directives techniques. Il faut remarquer, toutefois, que ces critères sont donnés à titre purement indicatif: le texte n'oblige pas à s'y conformer³⁰⁷⁸. Il n'est pas exclu que la confusion perdure³⁰⁷⁹.

³⁰⁷³ Parlement européen. *Résolution sur la révision des modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission*, JOCE 1998, C 313/101. Le Parlement se contente d'ailleurs là de reprendre ses anciennes revendications (v. également l'avis officiel du Parlement, 6 mai 1999, JOCE 1999, C 279/404). Sur le système de « législation déléguée », en général C.K. ALLEN, *LAW AND ORDERS. An Inquiry into the Nature and the Scope of Delegated Legislation and the Executive Powers in English Law*, Stevens & Sons, London, 1965; C. HAGUENAU, *Le domaine de la loi en droit français et en droit anglais*, Revue française de droit constitutionnel, 1995, 247-285. Sur les mérites relatifs d'un tel système dans le cadre communautaire, R. DEHOUSSE, *Towards a Regulation of Transnational Governance? Citizen's Rights and the Reform of Comitology Procedures*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 109-128.

³⁰⁷⁴ Décision du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, JOCE 1999, L 184/23.

³⁰⁷⁵ J.L. SAURON, *op. cit.*; également F. BERROD, *Nouvelle comitologie: une simplification pas toujours réussie*, Europe, 1999, n° 319.

³⁰⁷⁶ Art. 2 de la Proposition: « La procédure consultative est d'application lorsque le recours à une procédure de gestion ou de réglementation n'est pas ou plus jugée nécessaire »; Art. 2.c. de la Décision 99/468: « Sans préjudice des points a) et b), la procédure consultative est appliquée chaque fois qu'elle est considérée comme la plus appropriée ».

³⁰⁷⁷ K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *op. cit.*, 673.

³⁰⁷⁸ Cons. 5 de la Décision 99/468.

³⁰⁷⁹ Voir, en ce sens, la question posée par un député européen, Mme U. Schleicher qui pointe bien le fait que, pour des directives portant sur les mêmes domaines et les mêmes questions, il est proposé, chaque fois, des comités différents (Question écrite E-2214/95, JOCE 1996, C 79/6-7). H. KORTENBERG y voit un « nid à contentieux » (*op. cit.*, 324). K. LENAERTS et A. VERHOEVEN ajoutent que les « cas spécifiques » de retenue du pouvoir d'exécution par le Conseil, évoqués à l'article 1er, ne sont pas précisés, et appellent plus généralement à l'élaboration d'un code de conduite pour régler la question des critères (672-673). Il y a lieu de rappeler la jurisprudence classique de la Cour sur le choix de la base juridique. Elle pourrait être d'une aide précieuse ici, car elle déclare en effet que, dans le cadre des compétences de la Communauté, le choix de la base juridique d'un acte ne peut dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel (CJCE, 26 mars 1997, *Commission/Conseil*, aff. 45/46, pt 11, Rec. 1520, 1493).

1041. En second lieu, la transparence est accrue. Les acquis du *modus vivendi* sur l'information et le « droit de regard » du Parlement sont repris. Il reçoit les projets de mesures soumis aux comités. Il ne s'agit cependant que des projets adoptés dans le cadre de la procédure de co-décision³⁰⁸⁰. En outre, une liste de tous les comités devrait être publiée par la Commission en cours d'année, et la liste de tous les documents transmis au Parlement sont rendus publics³⁰⁸¹.

1042. Enfin, les procédures sont simplifiées. Les variantes a) et b) de la procédure de gestion sont fondues, de sorte que le Conseil dispose désormais de trois mois au plus pour prendre une nouvelle décision en cas d'avis négatif du comité. Bien que sa disparition était programmée dans la proposition de la Commission, le *contrefilet* dans la procédure de réglementation est maintenue, mais sous une forme atténuée³⁰⁸². En cas de rejet de la proposition par le Conseil, trois possibilités sont ouvertes à la Commission: soumettre au Conseil une proposition modifiée, soumettre à nouveau sa proposition ou présenter une proposition législative sur la base du traité, quitte alors à redonner au Parlement l'occasion de se prononcer³⁰⁸³. C'est dire que la Commission dispose d'une marge de manœuvre élargie.

1043. Au total, l'équilibre défini par la décision 87/373 est maintenu. Le retour automatique à la procédure législative dans le cadre des procédures de codécision, prévu par la proposition de la Commission, est exclu. A côté de son « droit de regard », le Parlement ne dispose plus que d'un « droit d'alerte », non d'un « droit d'intervention ». S'il considère ainsi qu'une proposition présentée par la Commission excède les compétences d'exécution de l'acte de base adopté en codécision, il en informe le Conseil³⁰⁸⁴. Il a également la possibilité de demander à la Commission de réexaminer son projet: sans être soumise à aucune obligation, celle-ci peut alors soumettre au comité un nouveau projet, poursuivre la procédure ou présenter au Parlement et au Conseil une nouvelle proposition³⁰⁸⁵. En outre, le Conseil conserve la possibilité d'adopter des mesures d'exécution en dehors de tout contrôle parlementaire.

B. Les acteurs de la controverse

1044. Toute cette controverse, et le résultat auquel elle aboutit, se tiennent entre deux positions extrêmes. D'un côté, le Conseil estime qu'il est en droit d'intervenir en tant qu'institution communautaire au sein des procédures d'exécution. Dans cette perspective, les comités sont considérés comme des « mini-Conseils »³⁰⁸⁶. Ce que le Parlement entend combattre, c'est bien « l'attribution d'un rôle essentiel à des comités que le Conseil crée, autant que possible,

³⁰⁸⁰ Sur ce point, v. la critique de K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *op. cit.*, 681.

³⁰⁸¹ Art. 7 de la Décision 99/468.

³⁰⁸² Il est clair que l'article 5 de la Décision 1999/468 est le reflet d'« un difficile compromis » (v. K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *op. cit.*, 675-676).

³⁰⁸³ Art. 5 § 6 de la Décision 99/468.

³⁰⁸⁴ Art. 5 § 5 de la Décision 99/468.

³⁰⁸⁵ Art. 8 de la Décision 99/468.

à son image et à sa ressemblance »³⁰⁸⁷. D'autre part, le Parlement estime qu'il est légitime d'étendre au domaine exécutif la parité obtenue en matière législative³⁰⁸⁸. Mais c'est méconnaître, selon le Conseil, l'équilibre institutionnel défini par le traité: « le Parlement n'intervient pas dans ce système puisque la législation n'est pas concernée par l'exécution »³⁰⁸⁹. A vrai dire, il s'agit là de deux positions extrêmes, toutes deux justifiables. Seule une connaissance pratique de ces procédures permet de voir qu'elles sont également contestables.

1045. Au regard de cette controverse, on conçoit que la position de la Commission ait pu provoquer un « certain étonnement »³⁰⁹⁰. En 1995, elle adoptait un Rapport sur le fonctionnement de l'Union européenne dans lequel on pouvait lire le passage suivant:

« L'activité législative commande un nombre très important de mesures d'exécution dont la plupart sont prises par les autorités des Etats membres. Cependant, dans certains cas, ces mesures d'exécution sont en principe conférées par le Conseil à la Commission (...). La Commission s'est toujours refusé de proposer l'un des sept types de procédures de Comité (la procédure dite « III-b »), qu'elle estime illogique du fait qu'il pourrait déboucher sur une absence de décision. Sous cette réserve, la Commission considère que les procédures d'exécution fonctionnent et ne représentent pas d'obstacles majeurs, comme le suggèrent les chiffres suivants [dans les trois dernières années, sur plusieurs milliers d'avis, nombre de renvois d'une décision devant le Conseil: 6; nombre de cas de blocage (absence de décision): 0]. En outre, ces procédures comportent l'avantage certain d'impliquer fortement les administrations nationales, à qui il revient le plus souvent de faire appliquer ces mesures sur le terrain. »³⁰⁹¹

Objectera-t-on que l'absence de blocage résulte seulement du fait que la Commission pratique une sorte d'« autocensure » afin d'éviter toute évocation au Conseil? Cette vue est partielle. La Commission semble assumer cette responsabilité de bon gré. Au reste, il n'est pas exclu que ce soient les comités eux-mêmes qui redoutent l'intervention du Conseil, et pour cela, favorisent les consensus³⁰⁹². Le fait est que le système répond à l'une des « trois règles d'or de l'exécutif

³⁰⁸⁶ Cf. Cf. V. EICHENER, *Social Dumping or Innovative Regulation? Processes and Outcomes of European Decision-Making in the Sector of Health and Safety at Work Harmonization*, EUI, WP SPS, Florence, 92/28, 1992.

³⁰⁸⁷ Parlement européen, *Résolution clôturant la procédure de consultation du Parlement européen sur la proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil relatives à un règlement fixant les modalités d'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission*, pt E., JOCE 1986, C 297/94.

³⁰⁸⁸ En ce sens, J.L. SAURON, *op. cit.*, 59.

³⁰⁸⁹ H. KORTENBERG, *op. cit.*, 320; J.-P. JACQUE, *op. cit.*, 59-70; J.-C. PIRIS, *Après Maastricht, les institutions sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes?*, RTDE. 1994, 1-37, not. 30.

³⁰⁹⁰ J.-D. NUTTENS, *La « comitologie » et la Conférence intergouvernementale*, RMC, 1996, 323.

³⁰⁹¹ Commission des C.E., *Rapport sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne*, 10 mai 1995, SEC 95) 731 final, §§ 50-52. Ce constat n'est pas nouveau: il ressort des données statistiques publiées par la Commission en réponse à une question parlementaire de M. Vredeling que, dès le début, les avis négatifs des comités de gestion en matière agricole étaient infimes (JOCE 1971, C 57/1; v. P. PESCATORE, *L'ORDRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES. Etude des sources du droit communautaire*, Presses Universitaires de Liège, Liège, 1975, 76).

³⁰⁹² Cette possibilité est évoquée par W. WESSELS (*Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system*, JEPP, 1998, 225). A l'appui de cette supposition, une étude empirique a pu montrer que les membres des comités considèrent que leur influence résulte de la recherche de consensus (M.P.C.M. VAN SCHENDELEN, *EC Committees: Influence Counts More Than Legal Powers*, in *SHAPING EUROPEAN LAW AND*

communautaire » retenues par l'ancien Président de la Commission, J. Santer. A côté de la responsabilité et de l'unité,

« *L'efficacité* d'abord: déjà aujourd'hui, la Commission est appelée à travailler en relation étroite avec les administrations nationales pour l'exécution des décisions communautaires. Cette tendance ira s'accroissant, à moins de voir les services de la Commission paralysés par des tâches de gestion auxquelles ni leurs effectifs, ni leurs traditions ne les ont préparés. Il faut alors regarder plus positivement le système de la "comitologie", c'est-à-dire des groupes de travail qui assistent la Commission dans ses tâches de gestion. Eloignons-nous des querelles théologiques. La Commission a besoin de l'avis d'experts nationaux et ces derniers, qui ultérieurement devront appliquer les décisions communautaires ont besoins d'être impliqués dans le processus. Ce système mérite sans doute d'être rendu plus simple et plus transparent; mais rien ne peut le remplacer pour que les administrations nationales qui connaissent le terrain, soient impliquées suffisamment en amont. »³⁰⁹³

En 1994, dans le projet d'accord institutionnel, la Commission, allié historique du Parlement dans la bataille institutionnelle, envisageait encore la suppression de tous les comités à l'exception des comités consultatifs. Le contraste avec la position exprimée ici s'explique donc par un double souci d'efficacité: profiter de l'expertise nationale et faciliter l'exécution des décisions communautaires³⁰⁹⁴. Comme le souligne fort à propos C. Blumann, « la comitologie n'est que la résultante du système d'administration indirecte »³⁰⁹⁵. Que la Commission y trouve, en outre, la possibilité de gérer le domaine de l'exécutif d'une manière largement autonome joue en faveur de ce système.

§ II. LA PRATIQUE COMITOLOGIQUE: LA LEGITIMITE DE LA COORDINATION

POLICY. *The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, R.H. Pedler & G.F. Schaefer (eds.), European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996, 34 (25-37).

³⁰⁹³ Discours du Président de la Commission Jacques Santer, *L'avenir de l'Europe: quel rôle pour la Commission? Eloge de la méthode communautaire*, Institut Universitaire Européen, Florence, 20 octobre 1995, Agence Europe, 28 octobre 1995, n° 1957. Il arrive même que la Commission accepte de se voir imposer une procédure de réglementation dans la mesure où cela lui permet de récupérer des compétences d'exécution. On comprendra ainsi cette déclaration de l'ancien Président de la Commission, J. Delors: « *le comité de réglementation peut être utile lorsqu'une décision du Conseil permet d'adapter, avec réalisme et sans heurter les opinions publiques, les directives aux situations nationales (...). Pour nous, ce comité ne doit pas être la règle, mais il est vrai que, dans certains cas, lorsque les législations nationales, les habitudes, les coutumes, sont très différentes, le comité de réglementation permet d'avoir une adaption plus réaliste avec la compréhension des administrations nationales et peut-être des opinions publiques* » (rapporté par J.-D. NUTTENS, *op. cit.*, 324).

³⁰⁹⁴ Dans le même sens, G. CIAVARINI-AZZI, *op. cit.*, 51-55.

³⁰⁹⁵ « La comitologie n'est que la résultante du système d'administration indirecte. C'est parce qu'il incombera aux Etats membres eux-mêmes d'assurer la bonne exécution du droit et des politiques communautaires qu'il s'avère nécessaire et même indispensable d'associer les Etats en amont au stade de "l'exécution normative" à la fixation du cadre juridique auquel ils devront se plier. La comitologie n'a d'autre raison d'être que ce rôle d'intermédiaire ou d'interface entre le niveau de prise de décision qui est le niveau communautaire et le niveau de l'exécution concrète qui est le niveau étatique. » (C. BLUMANN, *Le Parlement européen et la comitologie: une complication pour la Conférence intergouvernementale de 1996*, RTDE, 1996, 10-11).

1046. Dans une analyse abstraite, on peut dire que la comitologie est une expression directe du pouvoir du Conseil au sein des procédures d'exécution. Pareille analyse est insuffisante. Car « *un élément qui a reçu moins d'attention est le rôle de la Commission dans la procédure de comitologie, alors que la Commission non seulement soumet un projet de mesures à prendre aux comités de comitologie mais préside aux délibérations des comités* »³⁰⁹⁶. Bien plus: dans le caractère flexible et informel de la procédure se manifeste le caractère « dominant » de la Commission³⁰⁹⁷.

A. La place des comités dans la régulation sociale

1047. Régulation économique et régulation sociale ont en commun de prévoir des procédures de comité. Et pratiquement, il faut bien y voir la volonté d'assurer une représentation des Etats au sein du processus d'exécution communautaire³⁰⁹⁸. Mais, dans la forme, les deux secteurs relèvent de procédures différentes: la régulation économique prévoit exclusivement l'institution de comités *consultatifs*³⁰⁹⁹; au lieu que la régulation sociale met en place des comités de *réglementation*³¹⁰⁰. Cette différence reflète la distinction structurelle qui sépare une régulation essentiellement individuelle et centralisée d'une régulation largement normative et décentralisée. La Décision 1999/468 consacre cette distinction. Les mesures concernant la santé et la sécurité des personnes ainsi que les mesures pour l'adaptation technique et scientifique des actes de base, très nombreuses dans le domaine de l'environnement, supposent de recourir à la procédure de réglementation. De telles mesures doivent être prises dans des domaines sensibles pour les Etats membres. Elles exigent un contrôle et une capacité technique indisponibles au Conseil et au Parlement. Dans ces domaines, le moment du choix du comité est souvent politique³¹⁰¹.

³⁰⁹⁶ S. LEUBUSCHER, *Parallel decision-making: the use of committees in the area of EC waste management law*, RAE, 407.

³⁰⁹⁷ M. EGAN & D. WOLF, *Regulation and Comitology: The EC Committee System in Regulatory Perspective*, Columbia Journal of European Law, 1998, 513-514.

³⁰⁹⁸ Comme le relève très tôt J.J.A. ELLIS à propos du Règlement n° 17/62, « il faut bien comprendre que le Comité consultatif qui a maintenant été créé, et qui doit être consulté par la Commission avant chaque décision, n'a pas été établi finalement pour garantir aux entreprises que la Commission recevra l'opinion d'un corps indépendant d'experts, mais pour garantir aux Etats membres qu'ils auront leur mot à dire dans l'établissement de la politique relative aux règles de concurrence dans le marché commun. Trait caractéristique de cette philosophie, les règles relatives au Comité consultatif à l'article 10 du Règlement, sous le titre: "Liaison avec les autorités des Etats membres" » (*Les règles de concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises*, RIDC, 1963, 817).

³⁰⁹⁹ Ainsi des Comités rattachés à la Direction générale de la concurrence: Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes (secteur général, transports, transports maritimes, transports aériens), Comité consultatif en matière d'opérations de concentration entre entreprises, le Comité consultatif en matière d'aides d'Etat, mais aussi du Comité consultatif relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de dumping ou de subventions rattaché à la Direction générale du commerce et des relations extérieures.

³¹⁰⁰ E. VOS, *EU Committee: the Evolution of Unforeseen Institutional Actors in European Product Regulation*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 4.2.1.

³¹⁰¹ Les aléas de la réglementation communautaire dans le domaine de l'eau illustrent parfaitement ce point. En vue d'une réforme générale de la réglementation sur les ressources en eau au sein de l'Union, la Commission a proposé l'adoption d'une directive-cadre posant un nouveau cadre d'action (Proposition de directive du Conseil, COM(97) 49 final). Mais la proposition de la Commission d'établir une procédure de gestion a fermement été repoussée par certains Etats, notamment le Royaume-Uni (Cf. D. MATTHEWS, *The Framework Directive on Community Water Policy: A New Approach for EC Environmental Law*, Yearbook of European Law (1997), Clarendon, Oxford, 1998, not. 199-200).

1048. Une attention particulière doit être portée, cependant, aux procédures d'autorisation individuelle. Dans ce cas, l'application d'une procédure de réglementation ne paraît pas appropriée³¹⁰². La demande d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament à usage humain qui requiert, au stade ultime de la procédure, l'intervention du comité permanent des médicaments suit une procédure de réglementation de type III.b³¹⁰³. Il en résulte un prolongement des délais de la décision dont on peut se demander s'il est compatible avec la notion de « délai raisonnable »³¹⁰⁴. D'autre part, on peut douter de la conformité d'une décision de rejet du Conseil aux exigences de protection procédurale, notamment de la motivation, posées par la jurisprudence dans le cadre des procédures individuelles économiques. En matière d'OGM et de nouveaux aliments, c'est la procédure de réglementation de type III.a qui est appliquée³¹⁰⁵. Dans tous ces cas, la procédure d'enregistrement de la marque communautaire peut à nouveau servir d'élément de comparaison³¹⁰⁶. Elle conduit au principe suivant: dès que des droits individuels sont directement en jeu, la procédure la moins contraignante de consultation devrait être choisie.

B. Les pratiques de la régulation sociale

1049. Il est impossible d'examiner l'ensemble des comités de la régulation sociale. On se contentera donc d'étudier quelques exemples significatifs. Bien que les travaux empiriques manquent encore en ce domaine³¹⁰⁷, nous disposons à présent de quelques précieuses études de cas. Il apparaît ainsi que les fonctions et les modalités d'intervention des comités au sein de la régulation sociale présentent certains traits communs.

1. Le comité permanent des denrées alimentaires

1050. Un seul comité est appelé à examiner toute question relative au droit alimentaire. Le Comité permanent des denrées alimentaires est institué par la Décision 69/414 du Conseil du 13 novembre 1969³¹⁰⁸. L'intervention de ce comité est prévue dans plus d'une trentaine d'actes communautaires. Le but de cette création est de « garantir une coopération étroite entre les Etats

³¹⁰² Ce point a été soulevé par Ellen VOS (*INSTITUTIONAL FRAMEWORKS OF COMMUNITY HEALTH AND SAFETY REGULATION. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 163).

³¹⁰³ Art. 73 du Règlement n° 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JOCE 1993, L 214/1.

³¹⁰⁴ D'autant plus que le Règlement 2309/93 recommande que « l'autorisation d'une mise sur le marché devrait être octroyée par la Communauté, au moyen d'une procédure rapide assurant une coopération étroite entre la Commission et les Etats membres » (Cons. 7, JOCE 1993, L 214/1).

³¹⁰⁵ Il s'agit des procédures de notification en vue de la mise sur le marché de produits consistant en OGM et de nouveaux aliments en cas de désaccord entre les autorités nationales compétentes (Art. 13 et 21 de la Directive 90/220 du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOCE 1990, L 117/15; Art. 7 et 13 du Règlement 258/97 du Parlement européen et du Conseil relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires, JOCE 1997, L 43/1).

³¹⁰⁶ Une procédure de coopération administrative est prévue à l'art. 86 du Règlement 40/94 (JOCE 1994, L 11/1) et dans la règle 92 du Règlement 2868/95 (JOCE 1995, L 303/1). Un comité de réglementation est institué mais il ne concerne que les tâches d'organisation, et non les procédures individuelles (art 141, L 11/1).

³¹⁰⁷ En ce sens, M.P.C.M. VAN SCHENDELEN, *op. cit.*, 32.

³¹⁰⁸ JOCE 1969, L 291/9.

membres et la Commission et de permettre à celle-ci de consulter des experts ». Consulté en toute matière faisant l'objet d'une délégation de compétences à la Commission, « il peut en outre examiner toute autre question relevant de ces dispositions, évoquée par son président, soit à l'initiative de celui-ci, soit à la demande d'un Etat membre »³¹⁰⁹. Il lui est ainsi permis d'intervenir au cours de la phase de préparation législative. Il connaît un mode classique d'organisation. Tous traits communs à l'ensemble de ces comités: la composition du Comité varie, selon les sujets traités; le Comité a la possibilité de créer des groupes de travail spécialisés, composés d'experts venant des autorités nationales spécialisés ou d'organisations professionnelles; le secrétariat est assuré par la Commission; les réunions ne sont pas publiques.

1051. La procédure choisie par le Conseil est celle de la réglementation, de type III.a. C'est l'hypothèse ordinaire. Par exception, la procédure de contrefilet a été retenue. Bien que la Commission continue de proposer la procédure consultative³¹¹⁰, les Etats, conscients très tôt de l'importance politique de la matière, refusent de revenir sur une « solution de principe » adoptée par une Résolution du Conseil dès 1969³¹¹¹. Au demeurant, il est rare, dans ce domaine, que la Commission contredise la position du Comité. On a vu deux raisons à cela. La première est que la Commission sait qu'un avis négatif du Comité sur sa proposition sera rarement remis en cause par le Conseil³¹¹²; il lui faut donc parfois accepter de se soumettre à l'avis des « représentants » nationaux du Conseil. La seconde raison est que la Commission s'efforce de rechercher un consensus entre ses membres. Assurant la présidence et le secrétariat du Comité, elle qui maîtrise l'agenda, la date de l'introduction des projets soumis à examen et le calendrier des réunions³¹¹³. C'est elle qui dirige les négociations, en orientant les débats sur des arguments scientifiques à partir desquels le consensus peut se faire. Dans ce contexte, les groupes de travail composés d'experts jouent un rôle déterminant³¹¹⁴. Leurs travaux forment le support des délibérations du comité. Au sein de ces délibérations souvent informelles, la Commission devient un « acteur dominant »³¹¹⁵. Une enquête empirique confirme l'influence de la Commission³¹¹⁶. De ce point de vue, la comitologie apparaît moins comme un encadrement formel et politique que comme un

³¹⁰⁹ Ibid., Art. 2 de la Décision 69/414/CEE.

³¹¹⁰ Un bon exemple se trouve dans la Proposition de règlement relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients (JOCE 1992, C 190/3, art. 10).

³¹¹¹ Résolution du Conseil du 13 novembre 1969 concernant les procédures d'intervention du Comité permanent des denrées alimentaires, JOCE 1969, C 148/1.

³¹¹² Cf. E. VOS, *op. cit.*, 158. L'auteur rappelle qu'il existe un lien entre les experts présents dans les procédures de comitologie et les représentants du COREPER.

³¹¹³ D'où le problème que pose une consultation tardive des membres du comité, objet de plaintes récurrentes. C. JOERGES & J. NEYER, *Multi-Level Governance, Deliberative Politics, and the Role of Law*, EUI, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996, 40. Les règles de procédure du Comité prévoient cependant que tous les documents relatifs aux réunions du comité doivent parvenir aux représentants nationaux au plus 21 jours avant la date de la réunion. En cas d'urgence, le président du comité peut raccourcir ce délai à 10 jours voire à inclure de nouvelle question en cours de réunions.

³¹¹⁴ Sur ce point, J. FALKE & G. WINTER, *Management and regulatory committees in executive rule-making*, in *SOURCES AND CATEGORIES OF EUROPEAN UNION LAW. A Comparative and Reform Perspective*, G. Winter (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1996, 565-575.

³¹¹⁵ E. VOS, *op. cit.*, 159.

³¹¹⁶ C. JOERGES & J. NEYER, *Multi-Level Governance, Deliberative Politics, and the Role of Law*, EUI, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996, 41; v. le questionnaire réalisé par C. JOERGES & J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, ELJ, 1997, 280.

engagement informel de plusieurs partenaires dans une coopération administrative et technique. Ce qui n'exclut pas, sans doute, certains retours aux prises de position politiques sur des sujets sensibles. Mais ces hypothèses sont réduites.

2. Les comités de normalisation

1052. Conformément à la Directive-modèle en matière de normalisation, a été créé un « comité permanent composé de représentants désignés par les Etats membres, qui peuvent se faire assister d'experts ou de conseillers, et présidé par un représentant de la Commission »³¹¹⁷. Le domaine d'intervention de ce Comité est très large. Il a pour tâche notamment d'inciter les organismes de normalisation ou les Etats membres à adopter des mesures d'harmonisation, d'examiner les avant-projets de règles techniques ou les normes harmonisées et de contrôler l'exécution des directives adoptées. Cependant, les règles de son organisation demeurent opaques. En dépit d'obligations réglementaires, aucun règlement intérieur n'a été établi. En fait, le comité se réunit régulièrement: au moins deux fois par an avec les représentants des organismes de normalisation. Il compte un représentant par Etat membre. Ceux-ci proviennent généralement des ministères nationaux de l'Industrie. Le Comité permanent des normes et réglementations techniques est lui-même rattaché à la Direction générale de l'Industrie.

1053. La procédure de comité sert essentiellement « pour assurer le bon fonctionnement des procédures d'information mais aussi pour assister la Commission dans l'exploitation des informations recueillies »³¹¹⁸. Le plus souvent, le Comité opère en combinaison avec le comité spécifique institué par les directives "nouvelle approche"³¹¹⁹. Tandis que le premier intervient pour contrôler les normes harmonisées aux exigences essentielles posées par la directive, le second peut être saisi de toute question relative à la mise en œuvre, à l'application pratique et à l'adaptation de la directive³¹²⁰. En règle générale, la formule choisie pour ce second comité est celle du comité consultatif³¹²¹. Mais, selon la Commission, le fonctionnement de ce système

³¹¹⁷ Point VI.1. Annexe II de la Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation. JOCE 1985, C 136/1; transposé à l'article 5 de la Directive 83/189/CEE, L 109/8, repris à l'article 5 de la Directive 98/34/CE, L 204/37.

³¹¹⁸ J. MCMILLAN, *Qu'est-ce que la normalisation?*, RMC, 1985, 94.

³¹¹⁹ Il en va ainsi par exemple des directives par la suite modifiées concernant les produits de construction (Directive 89/106/CEE), la sécurité des machines (Directive 89/392/CEE), les dispositifs médicaux implantables actifs (Directive 90/385/CEE), les équipements terminaux de télécommunications (91/263/CEE), les dispositifs médicaux (93/42/CEE), les bateaux de plaisance (Directive 94/25/CEE).

³¹²⁰ Voy par exemple Art. 6 de la Directive 98/37/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux machines (JOCE 1998, L 207/1; modification: JOCE 1998, L 331/1). De manière générale, Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, § 24.

³¹²¹ Une exception notable concerne la directive sur les produits de construction qui prévoit une procédure de réglementation de type III.a., étant donné sans doute les intérêts nationaux en jeu (Art. 19 de la Directive 89/106 du Conseil du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant les produits de construction, JOCE 1988, L 40/12; modifications: JOCE 1993, L 220/1, JOCE 1994, L 1/263). Une preuve du caractère hautement politique de ce secteur est fournie par les retards pris dans l'élaboration de normes harmonisées: dans ce domaine, le marché ne semble « pas assez intéressé par la normalisation » (Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *op. cit.*, SEC(98) 291, § 7).

devrait être amélioré³¹²²: d'une part en procédant à une simplification et à une meilleure coordination des différents des comités et groupes d'experts³¹²³, d'autre part en facilitant la transmission et la circulation des informations, notamment entre la Commission et les Etats membres³¹²⁴.

1054. Il en est ici comme en matière alimentaire. Le comité est un « forum »³¹²⁵. Si la Commission s'écarte rarement de l'avis des comités, c'est que l'échange d'informations techniques est privilégié, sous le contrôle de la Commission³¹²⁶. Généralement, il n'y a pas lieu de procéder au vote. Le consensus est recherché. Car le souci constant de la Commission, que ce soit dans la procédure communautaire ou dans les procédures décentralisées, est d'éviter une « politisation » du processus de normalisation, qui risquerait de nuire à son efficacité et de multiplier les situations de blocage³¹²⁷. La procédure de comité ne doit être que le moyen de mettre en commun les compétences techniques, scientifiques et administratives qui sont à la disposition des Etats membres³¹²⁸. L'intervention des comités est réduite à des expertises techniques qui s'appuient sur des consultations avec les « principales parties intéressées » du secteur privé³¹²⁹. Mais, dès lors, les organisations de défense de l'environnement ne sont-elles pas fondées à considérer que le processus de normalisation est « essentiellement conduit par le secteur industriel et axé sur le marché »³¹³⁰?

3. Le comité pour l'adaptation au progrès scientifique et technique dans le domaine des déchets

1055. Dans le domaine de la régulation sociale, très nombreux sont les comités pour « l'adaptation au progrès scientifique et technique ». Au sein de la politique de l'environnement, cette notion a pris une grande importance³¹³¹. En vue d'adopter les réglementations communautaires au progrès scientifique et technique, une résolution du Conseil de l'environnement du 15 juillet 1975 envisageait la possibilité de choisir entre deux procédures³¹³².

³¹²² Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *op. cit.*, SEC(98) 291, §§ 24-25.

³¹²³ Cf. E. Vos, *op. cit.*, 295.

³¹²⁴ Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *op. cit.*, SEC(98) 291, § 25.

³¹²⁵ E. Vos, *op. cit.*, 293, 303.

³¹²⁶ D'où les plaintes des Etats membres ne disposant pas, au sein des différents comités, d'un délai suffisant pour adopter une position nationale cohérente et justifiée (Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *op. cit.*, SEC(98) 291, § 25); voy. *infra*, §§ 1080 et ss.

³¹²⁷ Cf. Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *op. cit.*, SEC(98) 291, § 18. La Commission montre là qu'elle craint la politisation du processus au stade de l'adoption des normes au sein des organismes européens de normalisation.

³¹²⁸ En ce sens, E. PREVIDI, *Network Structure and Interaction of European Governmental and Non-Governmental Actors in the Field of Standardization*, EUI, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996.

³¹²⁹ Article 6 § 7 de la Directive 83/189 du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE 983, L 109/8.

³¹³⁰ Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *op. cit.*, SEC(98) 291, § 19.

³¹³¹ Voir la liste des comités établie par J.L. SAURON, *op. cit.*, Annexe III.

³¹³² Résolution du 15 juillet 1975 concernant l'adaptation au progrès technique des directives ou autres réglementations communautaires relatives à la protection et l'amélioration de l'environnement, JOCE 1975, C 168/5.

Comme « solution de principe », le Conseil retenait l'institution de comités composés de représentants nationaux et l'instauration d'une procédure de réglementation de type III.a. Mais, « dans les cas qui, de l'avis de la Commission, revêtent une importance particulière », il est recommandé à la Commission de saisir directement le Conseil qui statuera à la majorité qualifiée. Distinction largement artificielle: toute adaptation de ce genre mêle aux éléments techniques une dimension politique. On s'explique ainsi que la procédure de saisine directe du Conseil ne fut pratiquement jamais utilisée³¹³³. L'ensemble des directives communautaires relatives à l'environnement prévoient une procédure de comité.

1056. La matière de la gestion communautaire des déchets en offre une bonne illustration. Elle est dominée par la Directive 75/442 du Conseil du 15 juillet 1975 telle que modifiée par la Directive 91/156 du 18 mars 1991³¹³⁴. Cette réglementation établit un système complet de gestion des déchets qui s'articule autour de l'obligation de les traiter selon des méthodes d'élimination ou de valorisation admises par la directive. Les opérateurs privés qui éliminent ou valorisent les déchets sont en principe soumis à une autorisation préalable et à un contrôle exercé par les pouvoirs publics nationaux. La Commission dispose d'une procédure en vue d'établir et de réviser la liste de déchets soumis à cette réglementation. A cette fin, elle est assistée par un comité composé de représentants des Etats membres et présidé par le représentant de la Commission³¹³⁵. Le Comité pour l'adaptation au progrès technique et scientifique dans le domaine des déchets obéit à une procédure de réglementation de type III.a.

1057. Les pouvoirs de ce comité sont importants. Il intervient au titre de la Directive 91/156 dans l'adoption et l'adaptation d'un catalogue européen des déchets³¹³⁶. Il tient un rôle semblable au titre de la Directive 91/689 du Conseil du 12 décembre 1991 relative aux déchets dangereux³¹³⁷. Enfin il intervient, au titre du Règlement 259/93 du Conseil du 1er février 1993, dans la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne³¹³⁸. Toute cette réglementation est elle-même une transposition d'un corpus juridique international particulièrement dense, qui inclut la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvement transfrontaliers de déchets dangereux, la Convention de Lomé IV du 15 décembre 1989, et une décision du Conseil de l'OCDE du 30 mars 1992 organisant le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets³¹³⁹. Le comité a pour tâche

³¹³³ Ajoutons qu'il reste de rares cas dans lesquels le Conseil se réserve la compétence d'adapter l'acte de base: par ex. Art. 18 (1) de la Directive 91/414/CEE sur les Pesticides, annexe VI, sur la base de laquelle Directive 94/43/CE fut adoptée par le Conseil.

³¹³⁴ Directive du Conseil du 15 juillet 1975 relative aux déchets, JOCE 1975, L 194/39; Directive 91/156 du Conseil du 18 mars 1991 modifiant la directive 75/442/CEE relative aux déchets, JOCE 1991, L 78/32.

³¹³⁵ Art. 18 de la Directive 91/156.

³¹³⁶ Décision 94/3/CE de la Commission du 20 décembre 1993 établissant une liste de déchets en application de l'article 1er point a) de la directive 75/442/CEE du Conseil relative aux déchets, JOCE 1994, L 5/15.

³¹³⁷ Art. 9 de la Directive du Conseil du 12 décembre 1991 relative aux déchets dangereux, JOCE 1991, L 377/20; Décision 94/904 du Conseil du 22 décembre 1994 établissant une liste de déchets dangereux en application de l'article 1er paragraphe 4 de la directive 91/689/CE relative aux déchets dangereux, JOCE 1994, L 356/14.

³¹³⁸ JOCE 1993, L 30/1.

³¹³⁹ Voy. N. DE SADELEER, *LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES DECHETS*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 1995, 451 et ss.

d'adapter les listes de déchets destinés à être valorisés, mais « uniquement pour tenir compte du mécanisme de révision de l'OCDE »³¹⁴⁰. Il lui revient également de définir « la notion de gestion écologiquement saine, compte tenu des conventions et accords internationaux pertinents »³¹⁴¹. De la même manière, il établit le document de suivi uniforme ainsi que la formule du certificat d'élimination et de valorisation qui servent à la notification des mouvements transfrontaliers de déchets en tenant compte des articles pertinents du règlement et des conventions et accords internationaux pertinents³¹⁴². Enfin, il est compétent pour aider la Commission à établir les procédures de contrôle des déchets dangereux exportés vers des pays auxquels ne s'applique pas la décision de l'OCDE³¹⁴³.

1058. Qu'une telle réglementation comporte de nombreuses implications économiques, ce n'est, au fond, qu'une manifestation de la logique qui préside à l'ensemble de la politique communautaire de l'environnement. Celle-ci tente d'établir dans tous les secteurs un « équilibre des forces » entre les intérêts industriels et les intérêts de la protection de l'environnement³¹⁴⁴. De là les pressions très fortes dont la Commission et surtout le comité ont pu faire l'objet³¹⁴⁵. Considérables sont les enjeux commerciaux de la définition du « déchet » ou du « déchet dangereux ». En ces domaines, la dimension « politique » du travail de définition et d'adaptation technique est évidente. Elle explique l'engagement des groupes d'industries auprès des groupes de travail et d'experts mis en place par la Commission³¹⁴⁶. De ce point de vue, la procédure de comité apparaît comme une instance de « dépolitisation », qui allie compétences techniques et intérêts économiques. Mais, de ce fait, l'élaboration de la norme n'échappe-t-elle pas à la fois au contrôle des institutions communautaires et à celui des partenaires sociaux?

C. « Le modèle de la fusion » et ses limites

1059. W. Wessels a conçu la comitologie d'une manière qui correspond bien à ces observations et au système vers lequel tend la Commission³¹⁴⁷. Son modèle révèle toutefois les limites d'un tel système.

1. Un partenariat de compétences

³¹⁴⁰ Art. 42 § 3 du Règlement 259/93.

³¹⁴¹ Art. 42 § 4 du Règlement 259/93.

³¹⁴² Art. 42 § 1 du Règlement 259/93.

³¹⁴³ Art. 17 § 3 du Règlement 259/93.

³¹⁴⁴ Cf. Résolution du Conseil du 24 février 1997 sur une stratégie communautaire pour la gestion des déchets, JOCE 1997, C 76/1.

³¹⁴⁵ S. LEUBUSCHER, *Parallel decision-making: the use of committees in the area of EC waste management law*, RAE, 407-425. L'auteur estime que la Commission s'est servie de la procédure de comité pour réintroduire les intérêts industriels et économiques au sein du secteur des déchets au détriment des principes de protection de l'environnement affirmés par le Parlement et par la jurisprudence de la Cour (not. 414-415).

³¹⁴⁶ Ibid., 417 et ss.

³¹⁴⁷ W. WESSELS, *Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system*, JEPP, 1998, 209-234.

1060. Sa conception s'oppose à la fois à la conception intergouvernementale et à la conception supranationale de la comitologie. La conception intergouvernementale suppose une confrontation irréductible d'intérêts entre les administrations nationales. Elle insiste pour que le Conseil recouvre l'entière maîtrise du processus d'exécution. Mais, au sein des procédures de comités, cette confrontation n'a pas lieu. Les conflits d'intérêts cèdent devant des débats techniques et scientifiques³¹⁴⁸. La comitologie doit ainsi cesser d'être vue comme le « cheval de Troie des Etats membres dans la citadelle de la Commission »³¹⁴⁹. Mais elle ne doit pas non plus être considérée comme un obstacle à l'intégration. Les tenants de l'approche supranationale considèrent que ce système nuit à l'efficacité et à la légitimité du processus d'exécution. Ils recommandent l'abolition du système de comités. Il faudrait selon eux conférer une plus grande autonomie à la Commission, sous le contrôle du Parlement. Mais ce que l'on constate, c'est que la croissance du système des comités, loin de nuire à au processus d'exécution des règles communautaires, contribue à en accroître l'efficacité.

1061. Dès lors, la comitologie doit être définie comme le lieu d'une « fusion » entre les différents systèmes administratifs et politiques nationaux. Un tel système laisse entrevoir la possibilité d'une « utilisation partagée des compétences »³¹⁵⁰. Cette fusion n'est pas le résultat d'un projet politique déterminé; elle est plutôt le produit de la demande des acteurs nationaux compétents et spécialisés pour accéder au processus communautaire. Sous cette pression va se constituer un « partenariat » réunissant les différents niveaux de compétences étatiques: « la mise en commun des différents niveaux et le propre intérêt de tous les participants pour atteindre un résultat conduiront à une haute productivité et à un haut degré d'acceptation par l'ensemble des intéressés »³¹⁵¹. De là l'approche hautement technique et professionnelle qui est adoptée³¹⁵². Toujours en recherche d'une information rare et coûteuse qui justifie leur présence, les différents participants se trouvent en position d'« apprentissage mutuel »³¹⁵³. Ce modèle traduit clairement une volonté de réduire l'influence des considérations d'ordre politique. Ainsi tout formalisme doit être écarté: « les règles formelles sont clairement subordonnées à la recherche d'une résolution des problèmes fondée sur le consensus »³¹⁵⁴. A coup sûr, et aux yeux des participants eux-mêmes, le pouvoir d'influence des comités dépend plus de l'expertise et du consensus qu'ils sont susceptibles de produire que de leurs statuts et pouvoirs juridiques³¹⁵⁵. Dans ces conditions, on comprend que les formalités (maîtrise du calendrier, gestion du secrétariat et présidence)

³¹⁴⁸ Cf. J. NEYER, *The Comitology Challenge to Analytical Integration Theory*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 221-222.

³¹⁴⁹ Cf. J.H.H. WEILER, *Epilogue: "Comitology" as Revolution — Infranationalism, Constitutionalism and Democracy*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 341.

³¹⁵⁰ W. WESSELS, *op. cit.*, 217.

³¹⁵¹ Ibid., 217 (notre trad.).

³¹⁵² Dans le même sens, J. NEYER, *op. cit.*, 225.

³¹⁵³ C. JOERGES & J. NEYER, *Multi-Level Governance, Deliberative Politics, and the Role of Law*, EUI, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996, 45-48.

³¹⁵⁴ W. WESSELS, *op. cit.*, 225 (notre trad.).

³¹⁵⁵ Cf. M.P.C.M. VAN SCHENDELEN, *EC Committees: Influence Counts More Than Legal Powers*, in *op. cit.*, 25-37, not. 34.

deviennent déterminantes. C'est par ces mécanismes, d'apparence mineure, que la Commission s'assure la direction de ces procédures.

2. Les limites du consensus

1062. Reste que cette manière de présenter la pratique comitologique met en évidence certaines ambiguïtés. Si les experts occupent une place majeure, le principe est que la Commission est seule responsable de la décision finale³¹⁵⁶. L'autonomie formelle des comités et de leurs membres n'est pas reconnue. Leur autonomie réelle et le poids de leur intervention dépendent entièrement de leur faculté à présenter des arguments solides et à se comporter en véritables experts³¹⁵⁷. De cette nécessité la Commission tire avantage. Cela lui permet de rechercher le consensus autour de ses propositions. Il n'en reste pas moins que, dans ces procédures, les enjeux politiques ne sont jamais absents. Le langage scientifique n'est pas un langage fermé. Que se passe-t-il lorsque la politique resurgit? Le risque est de passer très vite du consensus à la dissension.

1063. La difficulté de distinguer clairement, dans ce domaine, les enjeux politiques des questions purement techniques est à l'origine de cette ambiguïté. Que la procédure se confine aux seuls aspects techniques, l'on assistera à une forte « scientification » du discours; les groupes de travail qui assistent les comités prendront la plus grande place; on s'efforcera, dans la délibération, de trouver un consensus. Le comité se transforme en « *comité d'experts* ». Le risque est alors le même que dans les procédures d'expertise: il sera difficile aux représentants des pays les moins avantagés sur le plan de l'information et du développement scientifique de se faire entendre³¹⁵⁸. Mais que la procédure fasse apparaître des questions politiques sensibles, le style de l'argumentation scientifique disparaîtra; des juristes plutôt que des experts seront envoyés pour représenter les Etats³¹⁵⁹; le comité se transforme alors en un « *mini-Conseil* »; la confrontation des intérêts opposés aboutira à la dissension.

1064. Voilà le dilemme d'une procédure dans laquelle les Etats reconnaissent l'importance d'une expertise dont les résultats sont laissés à l'appréciation technique de la Commission, mais

³¹⁵⁶ Ce principe est le reflet de l'équilibre institutionnel défini par le traité (CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, Rec. 1161; v. l'interprétation de l'avocat général Léger (aff. C-241/95): « en aucune façon le comité de gestion ne peut prendre une décision aux lieu et place de la Commission ou du Conseil » (§ 73, [1996] I-6716).

³¹⁵⁷ C'est un point sur lequel insiste à juste titre J. NEYER, (*op. cit.*, 222).

³¹⁵⁸ C. JOERGES & J. NEYER, *op. cit.*, 45, 50.

³¹⁵⁹ T. GEHRING, *Bargaining, Arguing and Functional Differentiation of Decision-making: The Role of Committees in European Environmental Process Regulation*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 195-218. Voir, dans l'affaire *Allemagne/Commission* (aff. 278/84), la mise en garde de l'avocat général Slynn: « La procédure au sein du comité de gestion est de nature administrative; il ne faudrait pas la considérer comme une *procédure légale technique* dans laquelle, si une partie omet de soulever un point, elle perd le droit de le faire par la suite » ([1987], Rec. 28; nous soulignons). Pareille réduction de la légitimité de la décision à la légalité de la procédure de décision est bien caractéristique d'un modèle de type « décisionniste » (J.-M. FERRY, *Administration rationnelle ou politique raisonnable?*, Raison présente, n° 63, 1982, 65).

qui, dans des cas jugés vitaux pour l'intérêt national, provoquent leur réaction politique³¹⁶⁰. Dans cette procédure, *la notion même d'expert est ambiguë*. Elle revêt en effet deux significations qu'il conviendrait de mieux distinguer: ce peut être, d'une part, un titre donné par un Etat à un négociateur pour défendre, avec compétence, une position nationale dans le processus de décision politique; mais ce peut être, d'autre part, un mandat conféré par une autorité à une personne pour contribuer, en raison de son expérience et de ses connaissances, « à l'élaboration d'un "jugement de vérité" sur tel ou tel aspect d'un problème donné »³¹⁶¹. Alors que le premier interviendra dans une « négociation de nature politique entre représentants d'intérêts opposés », le second trouvera sa place dans « une expertise formulée en leur âme et conscience par des chercheurs s'appuyant sur leurs connaissances scientifiques ».

1065. Que, dans les procédures communautaires, le jeu des intérêts nationaux s'efface le plus souvent devant la recherche de solutions fondées scientifiquement par des experts qualifiés, cela n'est pas douteux. Mais, dans certains « cas difficiles », distinguer de la sorte devient utile. Car cela permet de « dénoncer le jeu hypocrite de ceux qui, de façon volontaire et consciente, se donnent l'apparence de parler au nom de la science alors que leur connaissance ne leur sert en réalité qu'à construire un argumentaire destiné à tenter d'imposer la politique qu'ils ont reçu la charge de défendre »³¹⁶². On peut penser que dans ce jeu réside une grande partie de la crise de l'ESB.

1066. Que conclure de là? Qu'il faudrait privilégier les comités techniques, disposant de pouvoirs très limités, car ils sont les seuls capables de délibérer et de s'abstraire de toute considération politique³¹⁶³? Ou bien qu'il faudrait au contraire supprimer la composante technique des comités et leur reconnaître une dimension essentiellement politique³¹⁶⁴? La première solution privilégie la résolution technique des problèmes; elle essaie de réduire le choix politique jusqu'au point où il n'y aurait plus de choix; tout choix politique, pour elle, est suspect, étant du domaine des rapports de force et de l'irrationnel. La seconde solution a tendance, au contraire, à ne croire qu'à la décision politique; l'usage d'experts techniques ne servirait qu'à masquer la domination d'intérêts privés égoïstes. Ces deux conceptions ont en commun d'exclure la possibilité d'intégrer la fonction politique de la comitologie dans un processus de décision

³¹⁶⁰ Dilemme confirmé par plusieurs études empiriques. T. GHERING montre bien par la comparaison de plusieurs cas (comité pour la mise en œuvre de la directive relative aux déchets d'emballage; comité pour l'adaptation au progrès scientifique et technique de la directive concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates) qu'il existe deux modèles distincts de comportement des comités, selon que des questions politiques ou techniques sont traitées. J. FALKE et G. WINTER contrastent, pour leur part, la situation de consensus qui résulte des débats du groupe de travail sur les préparations dangereuses avec la situation de dissensus qui résulte des discussions du groupe de travail sur les substances dangereuses, qui abordait le problème de l'amiante. Or, « ce sujet n'était pas technique mais politique dans la mesure où les différences d'intérêts et de cultures nationales devinrent vite évidents » (*Management and regulatory committees in executive rule-making*, in *SOURCES AND CATEGORIES OF EUROPEAN UNION LAW. A Comparative and Reform Perspective*, G. Winter (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1996, 573, 567 et ss.)

³¹⁶¹ Cf. P. ROQUEPLO, *ENTRE SAVOIR ET DECISION, L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE*, Ed. INRA, Paris, 1997, 13.

³¹⁶² Ibid., 14.

³¹⁶³ Telle est la conclusion de T. GEHRING, *op. cit.*, 216-218.

³¹⁶⁴ Telle est la tentation de S. LEUBUSCHER, *op. cit.*, 419-420.

équitable. Comment réconcilier la fonction politique et le savoir technique d'une manière qui soit équilibrée et légitime?

1067. C'est à cette question qu'a tenté de répondre J. Habermas au moment où, dans les années soixante-dix, « la scientification de la politique » semblait devenir la pensée dominante. Il ne faut rejeter ni l'expertise ni la politique, car toutes deux fournissent à la décision une part de sa légitimité. Mais il faut y ajouter un troisième élément: la prise en compte de l'opinion publique, qui sert d'intermédiaire³¹⁶⁵. De ce modèle, retenons l'idée d'une procédure réunissant les experts, les politiques et les représentants de la société civile. Nous allons y revenir plus loin. Mais comment formuler juridiquement le principe d'une intervention qui échappe à l'alternative entre *consensus scientifique* et *dissension politique*? Sans doute n'y a-t-il pas de formule parfaite. Envisager l'introduction de nouvelles « modalités » d'encadrement peut du moins permettre de trouver de nouveaux équilibres.

SECTION II. LA RECHERCHE DE NOUVELLES « MODALITES » PROCEDURALES

1068. Longtemps la jurisprudence s'est refusée à entrer dans l'examen des procédures de comité, résultat de la manière selon laquelle elle a abordé le problème de la comitologie³¹⁶⁶. Appliquant les instruments classiques du droit institutionnel, elle peut conclure que « *les règles communautaires relatives à l'interaction des institutions politiques et d'organismes tels que les comités prévus par la Décision comitologie sont des exemples par excellence de règles relatives à la répartition des pouvoirs. Dans l'arrêt Vreugdenhil (CJCE, 13 mars 1992, C-282/90, I-1937, pt 20), la Cour a déclaré que "l'objectif poursuivi par le système de répartition des pouvoirs entre les différentes institutions communautaires est de garantir le maintien de l'équilibre entre les institutions prévu par le traité, et non de protéger les particuliers"* »³¹⁶⁷. Soucieuse de garantir l'équilibre institutionnel, elle refuse aux comités tout pouvoir de décision et, par conséquent, toute possibilité de contraindre les comités à respecter certaines garanties de procédure.

1069. Toutefois, la jurisprudence a quelque peu évolué ces dernières années. Cette évolution correspond à l'apaisement de la controverse institutionnelle et à la découverte de l'importance des comités dans le processus de décision. Bien qu'ils demeurent isolés, ces développements se peuvent se ranger sous une exigence unique: celle d'imposer une responsabilité juridique à la Commission au sein de ces procédures (I). Cette responsabilité peut servir de fondement au développement de nouvelles garanties (II).

³¹⁶⁵ Cf. J. HABERMAS, *LA TECHNIQUE ET LA SCIENCE COMME IDEOLOGIE*, trad. de l'allemand par J.-R. Ladmiral, Denoël, Paris, 1984.

³¹⁶⁶ « *In its Jurisprudence, the European Court of Justice uses the tailor-made constitutional framework developed in the context of supranationalism to the problem of Comitology. Put differently, by using the supranational framework it defines certain types of problems and becomes blind to others* » (J.H.H. WEILER, *op. cit.*, 343).

³¹⁶⁷ Conclusions de l'avocat général Fennelly présentées le 27 janvier 2000, *Bergaderm/Commission*, C-352/98 P, § 36.

§ I. LA RESPONSABILITE DE LA COMMISSION

1070. L'idée d'une responsabilité de la Commission dans la gestion des comités est bien accueillie dans la pratique, facilitée par le fait que la coordination administrative est soumise à la règle du consensus. Mais une responsabilité procédurale suppose davantage: il faut que le rapport à la procédure de comité apparaisse aussi comme une obligation juridique et non plus comme un lien strictement administratif et managérial (A). On conçoit que cela soit bien plus difficile à admettre. Mais cette obligation annonce une nouvelle conception de la comitologie (B).

A. La jurisprudence *Rothmans*: vers un fondement juridique de la responsabilité

1071. L'affaire *Rothmans International/Commission*, jugée le 19 juillet 1999 par le Tribunal de première instance, recèle une telle difficulté³¹⁶⁸. La requérante, fabricant et distributeur de cigarettes, demande à la Commission l'accès aux procès-verbaux du comité de réglementation du code des douanes rattaché à la section « transit communautaire »³¹⁶⁹. Invoquant le règlement intérieur du comité qui impose la confidentialité de ses travaux et l'autonomie du comité dont elle n'assurerait que le secrétariat, la Commission refuse de transmettre lesdits documents. Notons que la requérante avait demandé l'accès de ces documents auprès des autorités douanières de chaque Etat membre. Sans pouvoir l'obtenir, et devant le refus de la Commission, elle introduit un recours en annulation.

1072. La question est celle-ci: peut-on considérer la Commission comme l'auteur des procès-verbaux à l'égard de laquelle la demande d'accès doit être adressée? Non, sans doute, si l'on s'en tient au travail de gestion purement matériel et administratif effectué par la Commission. Bien qu'elle assure la présidence, la convocation, l'établissement de l'ordre du jour et le secrétariat du comité, « la seule constatation de ce travail technique ne suffirait pas à lui conférer la qualité d'auteur »³¹⁷⁰. Mais cette impunité pose une difficulté. De la sorte, soutient le gouvernement suédois, « un particulier qui souhaiterait avoir accès aux travaux des comités devrait s'en remettre à l'appréciation discrétionnaire de ceux-ci, sans possibilité de contrôle juridictionnel »³¹⁷¹. Ce n'est pas le point de vue adopté par le Tribunal. Ce qui l'intéresse, c'est le « principe général selon lequel le public aura le plus large accès aux documents détenus par la Commission et le Conseil »: la *transparence*, conférant un droit d'accès aux citoyens européens. Or, « il y a lieu de constater que (...) la règle de l'auteur établit une limitation du principe général de transparence »³¹⁷². Selon le Conseil, les comités de comitologie étant constitués pour assister la Commission, c'est à cette dernière qu'il convient d'adresser la demande d'accès³¹⁷³. Dès lors,

³¹⁶⁸ TPICE, 19 juillet 1999, *Rothmans International/Commission*, T-188/97, II-2463.

³¹⁶⁹ Ce comité est rattaché à la Direction générale Douane et fiscalité indirecte (DG XXI).

³¹⁷⁰ TPICE, 19 juillet 1999, *Rothmans International/Commission*, T-188/97, pts 41 et 44, II-2479.

³¹⁷¹ Ibid., pt 50, II-2481.

³¹⁷² Ibid., pt 55, II-2482.

³¹⁷³ Ibid., pt 60, II-2484.

« il y a lieu de constater que, aux fins de la réglementation communautaire en matière d'accès aux documents, les comités de comitologie relèvent de la Commission elle-même. C'est donc à celle-ci qu'il revient de statuer sur des demandes visant l'accès aux documents des comités, tels que les procès-verbaux en cause. »³¹⁷⁴

1073. Il est significatif que le Tribunal précise que ce lien est affirmé aux seules « fins de la réglementation communautaire en matière d'accès aux documents ». Il annonce bien ainsi le principe d'une responsabilité procédurale incombant à la Commission. Par définition, une telle responsabilité est limitée: elle ne vaut qu'à l'égard des garanties de procédure. Il n'est donc pas question de soumettre le comité à la tutelle de la Commission. Au contraire, l'autonomie de la participation des Etats au sein du processus de décision doit être respectée. La seule obligation de la Commission est d'assurer aux tiers la qualité et l'impartialité de la procédure. En ce sens, la publicité occupe une place fondamentale, parce que « la nature même de l'argumentation se trouve modifiée selon qu'elle a lieu pour ainsi dire en privé, ou qu'elle est largement publique. Impossible, alors, d'exprimer ses préférences sur le mode d'un jugement de goût ou d'une particularité personnelle »³¹⁷⁵. Notons que la récente proposition de la Commission relative à l'accès du public aux documents prend acte de cette jurisprudence, puisqu'elle s'applique aux comités³¹⁷⁶.

B. « L'Administration politique » de la Communauté

1074. Le Tribunal formule ici une nouvelle manière de partager les responsabilités. Il n'est pas interdit de rapprocher cette formule du principe de subsidiarité. Les procédures de comité sont un moyen légitime d'assurer la participation des autorités politiques nationales, à côté d'autres parties intéressées, au sein du processus d'exécution³¹⁷⁷. C'est ainsi qu'on peut comprendre la déclaration de J. Delors, alors président de la Commission, selon laquelle « le comité de réglementation peut être utile lorsqu'une décision du Conseil permet d'adapter, avec réalisme et sans heurter les opinions publiques, les directives aux situations nationales (...). pour nous, ce comité ne doit pas être la règle, mais il est vrai que, dans certains cas, lorsque les législations nationales, les habitudes, les coutumes sont très différentes, le comité de réglementation permet d'avoir une adaptation plus réaliste avec la compréhension des administrations nationales et peut-être des opinions publiques »³¹⁷⁸.

1075. A partir de cette idée, C. Joerges tire une interprétation qui aux éléments technocratiques de la comitologie veut substituer des éléments de délibération politique. En effet, « les questions politiquement sensibles continuent à se poser au niveau des activités

³¹⁷⁴ Ibid., pt 62, II-2482-2483. Cela justifie l'annulation de la décision de refus (pt 64).

³¹⁷⁵ L. FERRY, *Tradition ou argumentation? Des comités de « sages » aux comités de délibération*, Pouvoirs, 1991, n° 56, 20-21.

³¹⁷⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès au public des documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, COM(2000) 30 final (art. 3).

³¹⁷⁷ En ce sens, E. VOS, *INSTITUTIONAL FRAMEWORKS OF COMMUNITY HEALTH AND SAFETY REGULATION. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 96 et ss.

³¹⁷⁸ J. DELORS, *Débat du 9 juillet 1986*, cité par J.-D. NUTTENS, *La « comitologie » et la Conférence intergouvernementale*, RMC, 1996, 324.

d'exécution »³¹⁷⁹. La construction administrative et technique du Marché commun n'est jamais isolée des aspects politiques. Elle est indissociable de valeurs éthiques et d'intérêts sociaux dont les Etats-nations sont les garants légitimes. Intégrer les autorités nationales aux procédures d'exécution, ce n'est pas simplement disposer d'une source d'expertise; c'est faire une place aux parties qui sont en charge des risques engendrés par les politiques réglementaires. Si cette procédure était seulement le moyen de créer une grande « *bureaucratie transnationale* »³¹⁸⁰, elle ne pourrait atteindre son but que par l'exclusion ou le compromis. Elle serait totalement impuissante à transformer ces relations de façon durable. Au contraire, la comitologie doit être conçue comme une « *Administration politique* »³¹⁸¹; elle constitue le noyau de la nouvelle « *gouvernance du Marché commun* »³¹⁸². La contribution des Etats ne se résume pas à la défense d'intérêts nationaux, mais elle devient essentielle dans le but d'introduire à l'échelle européenne un certain *souci du risque partagé*.

1076. A cette fin, C. Joerges considère l'usage pratique de la délibération. Grâce à elle, l'autorité participante cesse d'être en position de négociation stratégique; elle se trouve dans l'obligation de raisonner et de délibérer. Il ne s'agit surtout pas de remettre en cause les relations de confiance qui se sont établis entre les différents acteurs³¹⁸³. Sans toucher à la flexibilité du système, les règles de la délibération imposent des « contraintes argumentatives » aux parties à la procédure³¹⁸⁴. Elles se traduisent par la consécration de droits procéduraux³¹⁸⁵.

1077. Cette interprétation ne dissimule nullement ses attaches aux analyses de Habermas sur le discours et l'argumentation³¹⁸⁶. Ainsi ce qui apparaît essentiel est de distinguer entre négociation et délibération. Dans de telles structures, les discussions peuvent consister soit en des négociations soit en des délibérations; une négociation ne se transforme en délibération que lorsque le souci du bien commun apparaît³¹⁸⁷; elle tranche dès lors sur un simple arrangement qui

³¹⁷⁹ C. JOERGES, "Good Governance" Through Comitology?, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 322.

³¹⁸⁰ Tel est le résultat des travaux de W. WESSELS (v. par ex. *Administrative Interaction*, in *THE DYNAMICS OF EUROPEAN INTEGRATION*, W. Wallace (ed.), Pinter, London, 1990, 229-241; *An ever closer fusion? A dynamic macropolitical view on integration processes*, JCMS, 1997, 267-299; *Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system*, JEPP, 1998, 209-234).

³¹⁸¹ C. JOERGES, *op. cit.*, 326. Le terme est emprunté au théoricien du droit allemand Rudolf WIETHÖLFER (*Wirtschaftsrecht*, in *Handlexikon Zur Rechtswissenschaft*, München, 1972, 531-539).

³¹⁸² C. JOERGES, *Bureaucratic Nightmare, Technocratic Regime and the Dream of Good Transnational Governance*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 16.

³¹⁸³ C. JOERGES & J. NEYER, *Multi-Level Governance, Deliberative Politics, and the Role of Law*, EUI, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996, 64; C. JOERGES & J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, ELJ, 1997, 285.

³¹⁸⁴ C. JOERGES & J. NEYER, *op. cit.*, ELJ, 1997, 293.

³¹⁸⁵ C. JOERGES, *op. cit.*, 311-338.

³¹⁸⁶ Voir l'analyse de J. NEYER (*op. cit.*, 219-238).

³¹⁸⁷ Il s'agit d'une condition idéale qui peut être exprimée simplement de la manière suivante: « Seules les considérations qui peuvent être acceptées par (potentiellement) tous les citoyens dotés de raison sont susceptibles de compter comme des intérêts valides » (O. GERSTENBERG, *Private Ordering, Public Intervention and Social pluralism*, in *Reading Materials*, C. Joerges' Spring Seminar, EUI, Florence, 1997, 25; v. également O. GERSTENBERG, *BÜRGERRECHTE UND DELIBERATIVE DEMOKRATIE. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1997). Au contraire, « la négociation surgit lorsque plusieurs dispositifs

cherche à maximiser les intérêts particuliers. En théorie, la distinction est nette entre une délibération impartiale et une confrontation égoïste d'intérêts.

1078. Cette conception est toutefois ambiguë. D'un côté, elle prétend se fonder sur l'existence de procédures de coopération et de délibération déjà en place. Mais, de l'autre, elle prend pour modèle une situation idéale de délibération. Or, le fait que la délibération soit recherchée en pratique ne garantit pas que son application sera pure et parfaite. C'est l'ambiguïté même de la notion de délibération. N'étant jamais « désocialisée », il est « impossible de faire une différence de nature et *a priori* entre un discours produit par le seul souci d'obtenir l'adhésion d'un auditoire précis et un discours produit par argumentation, stratégique ou non »³¹⁸⁸. La délibération réelle n'a rien en commun avec le modèle idéal³¹⁸⁹. Il n'en résulte pas que l'idée de délibération soit dénuée de toute valeur. Mais il s'agit d'un instrument technique qui permet, par la discussion collective, de résoudre des problèmes particuliers en vue du choix d'une action à entreprendre³¹⁹⁰. Dès lors, son intérêt est limité: elle réévalue certes le rôle des autorités nationales, mais elle ne parvient pas à intégrer les intérêts extérieurs aux comités³¹⁹¹. Or, seul un appel à la participation de tous les intéressés permettra de donner à ces procédures une nouvelle légitimité.

1079. Encore qu'elle ait ses faiblesses, il ne faut pas méconnaître l'importance de cette contribution qui voit dans la comitologie un nouveau « forum politique supranational »³¹⁹². Elle contribue à une nouvelle définition de l'équilibre institutionnel. *A la dimension verticale de la coopération*³¹⁹³, elle ajoute une dimension horizontale. Reste à se demander quelles garanties elle permet d'imposer.

§ II. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU REGIME DES COMITES

1080. Classiquement, en matière de régulation économique, la consultation du comité, étant de nature purement politique, n'est pas regardée comme une partie de la phase contradictoire de la procédure³¹⁹⁴. Elle intervient après le contradictoire et, par conséquent, en méconnaissance

de coopération, au sujet desquels les parties ont des préférences opposées, sont possibles » (J. ELSTER, *THE CEMENT OF SOCIETY*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, 50).

³¹⁸⁸ P. URFALINO, *La délibération et la dimension normative de la décision collective*, in *LA JURIDICISATION DU POLITIQUE. Leçons scientifiques*, J. Commaille, L. Dumoulin & C. Robert (dir.), LGDJ, Paris, 2000, 191.

³¹⁸⁹ En ce sens, J.H.H. WEILER, *Epilogue: "Comitology" as Revolution — Infranationalism, Constitutionalism and Democracy*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 339-348).

³¹⁹⁰ Telle est déjà la conception d'Aristote, qui fait de la délibération une condition de l'action efficace (sur ce point, voir les analyses de P. AUBENQUE, *LA PRUDENCE CHEZ ARISTOTE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1997, not. 111-119).

³¹⁹¹ En ce sens, M. EVERSON, *Administering Europe?*, JCMS, 1998, 195-216.

³¹⁹² C. JOERGES & J. NEYER, *op. cit.*, ELJ, 1997, 298-299.

³¹⁹³ Cf. art. 10 CE. Sur la richesse potentielle d'une telle disposition, M. BLANQUET, *L'ARTICLE 5 DU TRAITE C.E.E. Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, LGDJ, Paris, 1994.

³¹⁹⁴ Cf. J.A.A. ELIIS, *op. cit.*, 818.

générale des règles fondamentales de procédure³¹⁹⁵. A l'encontre d'une telle jurisprudence, l'avocat général Warner a fait valoir des réticences³¹⁹⁶. Pourtant, le juge communautaire n'est pas véritablement revenu sur cette jurisprudence. Mais, dernièrement, le Tribunal a pu estimer que *« bien que la consultation s'inscrive dans le cadre de la coopération entre la Commission et les Etats membres et n'ait pas pour objet d'organiser une procédure contradictoire à l'égard des entreprises concernées, le comité doit, en particulier, être informé en toute objectivité — conformément au principe général selon lequel les entreprises mises en cause dans une procédure en constatation d'infraction ont le droit d'être entendues — sur le point de vue et les arguments essentiels de ces entreprises tels qu'ils ont été exprimés dans leurs observations »*³¹⁹⁷.

1081. S'il exprime le refus de consacrer le principe du contradictoire, ce passage évoque les règles d'une *« bonne administration »*. A partir de ce principe, on peut envisager une réorganisation procédurale du système de comité. Ce principe imposerait *« que la Commission s'entourât d'avis, en vue de trancher en pleine connaissance de cause une question de principe, alors même qu'elle n'aurait été expressément tenue à une telle consultation par aucun texte »*³¹⁹⁸. La responsabilité procédurale imposée à la Commission dans l'arrêt *Rothmans* ne s'arrête pas à

³¹⁹⁵ La Cour a ainsi pu déclarer que *« donner aux entreprises l'occasion de s'exprimer sur cet avis (...) équivaldrait à rouvrir le stade antérieur de la procédure, ce qui est au contraire au système voulu par le règlement »*; *« l'absence de communication de l'avis n'est pas contraire au principe des droits de la défense (...) ce principe implique que la Commission doit, au cours de la procédure administrative, divulguer aux entreprises en question tous les faits, circonstances ou documents sur lesquels elle se base, pour leur permettre de faire connaître utilement leurs point de vue... Quel que soit l'avis du comité, la Commission ne peut baser sa décision que sur les faits sur lesquels les entreprises ont eu l'occasion de s'expliquer »* (CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française/Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, pts 35 et 36, Rec. 1187). Comment dès lors s'assurer que la consultation a eu lieu dans les règles? Même si la pratique de la Commission paraît satisfaisante, *« il n'est pas non plus possible d'exiger qu'il soit communiqué dans la procédure contentieuse au seul motif que la Cour de justice n'est en mesure de contrôler s'il a été régulièrement fait appel au Comité consultatif qu'à cette condition »* (Conclusion de l'avocat général Reischl dans l'affaire *Van Landewyck/Commission* (aff. jtes 209 à 215 et 218/78), Rec. [1980] 3291).

³¹⁹⁶ Dans l'affaire *Distillers Company/Commission*, il déclare que *« ce n'est pas sans un certain malaise que nous voyons la procédure du Comité consultatif, en raison du secret qui entoure celle-ci. Les entreprises sont laissées dans l'ignorance de ce qui est dit au Comité ou de ce qui ne lui est pas dit par la Commission ainsi que de la teneur du rapport du Comité. Elles n'ont aucune occasion de s'adresser à ce dernier. La question de savoir si une telle procédure est compatible avec les principes fondamentaux du droit dont la Cour a pour devoir d'assurer le respect n'a pas été soulevée ni débattue dans la présente affaire »*, ajoutant que *« selon nous, la méconnaissance des règles de procédure par le Comité est tout aussi susceptible de vicier la décision de la Commission que la méconnaissance de ces formalités par la Commission elle-même »* (Rec. [1980], 2292-2293).

³¹⁹⁷ TPICE, 10 juillet 1991, *RTE/Commission*, T-69/89, pt 21, II-500. On notera cependant les progrès accomplis dans le cadre du droit des contrôles des concentrations. Le règlement 4064/89 permet la publication de l'avis du comité et précise que *« la Commission tient le plus grand compte de l'avis émis par le Comité »*. De même en matière de contrôle des aides d'Etat (art. 29 du règlement 659/1999).

³¹⁹⁸ Argument de la requérante, TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, pt 115, II-174. Cependant, le juge considère que *« ce serait soumettre la Commission à un formalisme excessif et retarder inutilement les procédures que de la contraindre à l'accomplissement d'une formalité de consultation, lorsque, comme en l'espèce, les textes applicables à la matière considérée n'imposent pas à l'institution une telle obligation de consultation. Dès lors, le Tribunal estime qu'aucun principe général de droit ne saurait conduire le juge communautaire à imposer à la Commission une obligation de consultation qui, comme en l'espèce, n'est prévue par aucun texte »* (TPICE, 24 mars 1994, *Air France/Commission*, T-3/93, pt 119, II-175). Aussi bien une telle obligation ne saurait-elle faire l'objet d'une interprétation par analogie, lorsque celle-ci n'est pas prévue par les textes (TPICE, 27 février 1992, *Vichy/Commission*, T-19/91, pt 37, II-430). De manière générale sur les règles de la consultation, D. RITLÉNG, *LE CONTRÔLE DE LEGALITE DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 86-88.

l'exigence de transparence. Elle ouvre la voie à la consécration de l'ensemble des garanties du contradictoire³¹⁹⁹.

A. « Le bon déroulement des procédures »

1082. A l'examen pratique des procédures de comité, il est apparu que l'un des problèmes les plus importants concerne le respect des délais de consultation. Il suscite souvent la plainte des intéressés. A travers une brève étude du traitement jurisprudentiel qui lui est réservé, une évolution significative se fait jour.

1083. Dans l'affaire *Accrington Beef e.a.*, les demanderesses allèguent une irrégularité de procédure du fait que la consultation du comité de gestion de la viande bovine fut organisée « tardivement » et « sans que ses membres aient eu la possibilité de réfléchir ou de consulter les opérateurs du secteur de la viande bovine »³²⁰⁰. A cet argument, la Commission se contente de répondre que la consultation a tout de même eu lieu, le résultat étant conforme au règlement en vigueur qui ne fixe pas de délais particuliers entre le jour de saisine du comité et le jour où ce dernier doit rendre son avis. Laconique, la Cour refuse d'entrer dans les détails de la procédure. Il lui suffit à cet égard « de constater que, en l'espèce, le comité de gestion a été consulté sur la proposition de règlement de la Commission et a émis un avis favorable »³²⁰¹. Seul donc compte le résultat obtenu. On retrouve les traits de la jurisprudence « finaliste » qui sévit en matière économique³²⁰².

1084. Il n'en est plus de tout à fait de même dans l'affaire *Moskof*³²⁰³. Cette affaire concerne le défaut de présentation de la part de la Commission au comité de gestion du tabac d'une version légèrement modifiée de son projet de règlement. Notons, d'abord, que la Cour accepte ici d'examiner les règles de procédure du comité. A l'examen, il apparaît que ce défaut est dû au fait que la Commission a essayé de trouver avec deux Etats réticents lors de la première présentation du projet au comité une solution plus acceptable. Or, « il ne saurait être fait grief d'avoir tenté de trouver une solution de compromis à laquelle auraient pu se rallier les deux délégations [hellénique et italienne] qui avaient refusé d'approuver le texte dans sa version initiale »³²⁰⁴. Il faut faire droit à ces procédures informelles, car :

³¹⁹⁹ Ce principe vaut également pour les procédures de la régulation économique. Dans le domaine du droit de la concurrence, B. BEAUCHESNE recense ainsi les propositions visant à introduire un droit d'accès à l'avis, à instaurer un contrôle sur la régularité de cette procédure, ou à aménager la procédure orale avec la présence du Comité consultatif (*LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Nouvelles Editions Fiduciaires, Levallois-Perret, 1993, n° 252, 113).

³²⁰⁰ CJCE, 12 décembre 1996, *Accrington Beef e.a.*, C-241/95, I-6699. Conclusions de l'avocat général Léger, § 68 et ss., I-6715.

³²⁰¹ Ibid., pt 44, I-6739.

³²⁰² K.C. BRADLEY fait justement remarquer qu'une solution contraire a été retenue par la Cour en matière de consultation, par un Etat membre, de la Commission dans le cadre de mesures de conservation concernant la pêche (CJCE, 5 mai 1981, *Commission/Royaume-Uni*, aff. 804/79, pt 35, Rec. 1077-1045-; *Institutional Aspects of Comitology: Scenes from the Cutting Room Floor*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 89-90).

³²⁰³ CJCE, 20 novembre 1997, *Moskof*, C-244/95, I-6441.

³²⁰⁴ Ibid., pt 39, I-6477.

« le fait d'explorer les possibilités de compromis ne peut être interprété comme un retrait implicite du texte initial, déjà approuvé par toutes les autres délégations. Décider autrement reviendrait à rendre plus difficile toute recherche de compromis visant à résoudre des problèmes propres à certaines délégations, la Commission n'osant alors plus prendre le risque de ne pas adopter immédiatement un texte approuvé. »³²⁰⁵

Ainsi en décide l'intérêt du « *bon déroulement des procédures de comités de gestion* ». Dans des procédures de nature politique, on ne doit pas exclure la conduite de procédures connexes informelles, dans la mesure où elles ne mettent pas en cause le contenu du projet discuté en comité³²⁰⁶. Le formalisme recherché n'est pas un formalisme strict et procédurier. Il procède au contraire d'un souci de développer les discussions, même informelles, pourvu qu'elles ne remettent pas en cause les droits de participation de l'ensemble des représentants nationaux³²⁰⁷.

B. La consécration des formes substantielles

1085. Le droit de la normalisation forme le cadre de l'arrêt *Allemagne/Commission* rendu le 10 février 1988³²⁰⁸. Avant l'adoption de certaines décisions prises en application de la directive 89/106 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant les produits de construction, le comité permanent de la construction doit être consulté. Tel est le cas en l'espèce. Or, dans cette affaire, l'Allemagne fait valoir un ensemble de vices de forme substantiels affectant la régularité de la procédure de comité, notamment l'absence d'envoi, dans le délai fixé par le règlement intérieur du comité, le projet de décision de la Commission. Selon la Commission, une version initiale en anglais avait été envoyée, et la version révisée envoyée avec un léger retard ne serait que légèrement différente. En outre, pour elle, il serait « abusif » de demander le report du vote du comité la veille du jour auquel doit se tenir la réunion. Tel n'est certainement pas l'avis de la Cour. Elle n'hésite pas à rappeler que, selon l'article 3 du règlement n° 1 du Conseil du 15 avril 1958³²⁰⁹, « les textes que les institutions adressent à un Etat membre doivent être rédigés dans la langue de cet Etat »³²¹⁰. Puis, dans un considérant à portée très générale, elle déclare:

« Cet impératif d'envois distincts, d'une part, aux représentations permanentes des Etats membres et, d'autre part, à leurs représentants au comité ainsi que le caractère incompressible du délai d'envoi attestent à suffisance de la *volonté de garantir aux Etats membres le temps nécessaire à l'étude de ces documents qui peuvent être particulièrement complexes, nécessiter de nombreux contacts et discussions entre*

³²⁰⁵ Ibid., pt 40, I-6477.

³²⁰⁶ Ibid., pts 45 et 46, I-6479.

³²⁰⁷ En ce sens, S. HELD, *Recent Developments in EC Competition Law Procedure — Remarks from the point of view of a National Competition Authority*, in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Institute (1994)*, B. Hawk (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1995, 576-577.

³²⁰⁸ CJCE, 10 février 1988, *Allemagne/Commission*, C-263/95, I-441; v. Conclusions de l'avocat général Colomer, I-443.

³²⁰⁹ JOCE 1958, 17/385.

³²¹⁰ Ibid., pt 27, I-477.

*diverses administrations, la consultation d'experts dans différentes matières ou encore la consultation d'organisations professionnelles. »*³²¹¹

Le non respect de ces garanties constitue donc une violation des formes substantielles qui entraîne la nullité de la décision attaquée³²¹². La participation des participants au comité apparaît comme une garantie fondamentale devant être protégée. Dans ces conditions, rien n'empêche de pousser jusqu'au bout l'idée d'une protection procédurale. Il y aurait lieu de parler d'un véritable *droit de participation* des représentants politiques nationaux aux procédures de la Commission³²¹³. A ce droit s'attachent l'ensemble des garanties liées au respect du contradictoire. Déjà, dans son Rapport de mai 1998 au Conseil et au Parlement sur la légitimité du processus de normalisation, la Commission note, sans citer cette jurisprudence, que « l'organisation des comités devrait laisser aux Etats membres un délai suffisant pour adopter une position nationale, et les administrations nationales doivent s'assurer que la coordination entre tous les services nationaux intéressés ait lieu en temps voulu »³²¹⁴.

1086. Dès lors, la perspective s'élargit. Cette dernière jurisprudence suggère en effet de prolonger la protection procédurale dans une double direction, à la fois vers la consultation d'experts et vers la consultation des ONG. Dans les « modalités » requises par l'article 202 CE s'entendent les garanties du contradictoire susceptibles de conférer aux procédures de la Commission une nouvelle légitimité³²¹⁵.

1087. Conclusion. Quelle vue d'ensemble se dégage de l'étude des procédures de la régulation sociale? Idéalement, la procédure de décision s'organise aujourd'hui autour d'une stricte séparation des pouvoirs. Elle comporte trois phases, nettement séparées: l'analyse de risque, le dialogue civil, la coordination politico-administrative. Au terme de cette étude, la décision administrative apparaît comme: 1° un jugement de fait établi par des experts, qui en assure la vérité; 2° couronné par un jugement de fait et de valeur effectué par les autorités politiques, qui en assure la légitimité; et 3° éventuellement contrôlé par des forums de citoyens éclairés, qui en assure la crédibilité. Dans toute cette procédure, le contradictoire tend à être écarté, la prééminence de la Commission tend à être affirmée. Nous avons montré que cette organisation est source de nombreuses tensions.

1088. Il existe plusieurs manières de résoudre les tensions actuelles. La première, la plus simple, consiste à développer encore l'exigence de transparence³²¹⁶. Cela suppose par exemple de créer de nouvelles agences européennes et de développer le rôle des agences existantes³²¹⁷. Une

³²¹¹ Ibid., pt 31, I-478 (nous soulignons).

³²¹² Ibid., pt 32, I-478.

³²¹³ En ce sens, dans le domaine du droit de la concurrence, S. HELD, *op. cit.*, 577.

³²¹⁴ Commission des C.E. (Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen), *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, § 25.

³²¹⁵ En ce sens, K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *op. cit.*, 658.

³²¹⁶ Voy. le bilan complet et nuancé de K.C. BRADLEY, *La transparence dans l'Union européenne: une évidence ou un trompe-l'oeil?*, CDE, 1999, 284-362.

³²¹⁷ C'est la voie « non-majoritaire » prônée notamment par G. MAJONE (*Independence vs Accountability*, EUI, WP SPS, 94/3, Florence, 1994, Florence; du même auteur, *The new european agencies: regulation by*

autre solution serait d'élaborer des codes de conduite, de manière à développer la loyauté et la confiance mutuelle au sein des acteurs de ces réseaux³²¹⁸. Dans ce processus de « moralisation », on peut penser que le Médiateur européen a la plus grande part à jouer³²¹⁹. Une solution plus ambitieuse serait de doter ces réseaux d'un statut juridique uniforme³²²⁰. Il est sûr que le régime de coopération de l'administration communautaire dans toutes ces procédures est peu clair aujourd'hui. Ces solutions pointent toutes dans la même direction: une organisation flexible, qui repose sur la *confiance* et sur la *transparence*. Or, au niveau communautaire comme déjà à l'échelle nationale, la politique de transparence a « une portée limitée »³²²¹; élevée au rang de mode de gouvernement, elle réduit les possibilités de participation active et de contrôle réel³²²². Ces propositions sont donc intéressantes mais elles ne touchent pas au cœur des tensions actuelles: la conception même de la procédure de décision.

1089. Revenir aux différentes modalités d'intervention administrative pour élaborer, sur la base de la Charte des droits fondamentaux en cours d'élaboration, un code où s'inscriraient l'ensemble des règles de la procédure administrative pourrait certes être très utile³²²³. Mais là n'est pas l'urgence. On voudra, avant tout, essayer d'envisager ici une critique des procédures à partir de leurs fondements. Remontant maintenant jusqu'à nos premières analyses, il faut se demander si l'on peut trouver, dans de nouvelles interprétations, le moyen de lever les ambiguïtés et les incertitudes qui pèsent sur le développement des pratiques actuelles. Il s'agit de se demander ce qui résulte, pour la conduite des politiques publiques, de ce qu'une nouvelle procédure puisse lui être appliquée. En d'autres termes, il s'agit du sens même de l'action publique, et de la possibilité de construire le « bon gouvernement ».

information, JEPP, 1997, 262-275; du même auteur, *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*, ELJ, 1998, 5-28).

³²¹⁸ Voy. dans ce sens K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the E.U.? The Contribution of the New Comitology Decision*, CMLR, 2000, 645-686.

³²¹⁹ Voy. P.G. BONNOR concevant le Médiateur comme une nouvelle source de droit informel (*The European Ombudsman: A Novel Source of Soft Law in the European Union*, ELR, 2000, 39-56); du médiateur européen lui-même défendant son action, J. SODERMAN, *Le citoyen, l'administration et le droit communautaire*, RMUE, 1998/2, 19-67.

³²²⁰ D'une manière générale, K.-H. LADEUR, *Towards a Legal Concept of the Network in European Standard-Setting*, in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 151-170.

³²²¹ Voy. les analyses de J. CHEVALLIER, *Le mythe de la transparence administrative*, in *INFORMATION ET TRANSPARENCE*, CURAPP, PUF, Paris, 1988, 239-275.

³²²² Voy. en général J.-M. GUEHENNO, *LA FIN DE LA DEMOCRATIE*, Flammarion, Paris, 1993.

³²²³ C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, ELJ, 1996, 3-25. Sur l'instrument de la codification en cette matière, Y. GAUDEMET, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en France*, Dalloz, 1986, Chron. XVII.

Titre III

LA CONSTRUCTION DU « BON GOUVERNEMENT »

1090. Dans cette dernière partie, la perspective est double. D'une part, il s'agit de prendre acte de cette réflexion de N. Lacey: « les aperçus obtenus sur la complexité des processus administratifs devraient conduire une réflexion politique et sociale sur le genre de procédures administratives que nous voulons instaurer et sur la manière de surmonter les difficultés que rencontrent nos institutions administratives pour réaliser leurs buts sociaux »³²²⁴. On peut comprendre, au terme de cette étude, que le développement des procédures administratives implique à présent une conception nouvelle et élargie du principe de l'*équilibre institutionnel* dans le cadre communautaire. Plus largement, il faudrait engager une réflexion sur la notion même d'institution³²²⁵. Mais, en même temps, ce qui s'annonce est une réélaboration de la *théorie de la procédure*. Cette théorie, élaborée pour les pratiques judiciaires dans le contexte relativement stable des procès civil et pénal, a été sérieusement éprouvée par l'émergence de nouvelles pratiques de la régulation économique et sociale. De ce point de vue, le droit communautaire est un cas d'observation remarquable. Les analyses précédentes ne permettent certainement pas de reconstruire une théorie générale de la procédure. Elles attestent seulement la nécessité de s'engager sur de nouvelles pistes et vers une production renouvelée d'études de cas. Ces deux perspectives sont liées. L'hypothèse est qu'une réflexion sur les institutions (II) gagne beaucoup à passer par l'étude des procédures (I).

³²²⁴ N. LACEY, *The Jurisprudence of Discretion: Escaping the Legal Paradigm*, in *THE USES OF DISCRETION*, K. Hawkins (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, 384; voy. également A.C. AMAN, *Administrative Law for a New Century*, in *THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW*, M. Taggart (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1997, 90-117.

³²²⁵ L'intérêt juridique pour l'institution peut se réclamer de l'héritage d'Hauriou. L'institution suppose 1° une idée à réaliser en commun; 2° une organisation (J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Institution*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, VI, 1973 (1999); M. HAURIOU, *La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la nouvelle journée, 1925, IV, 1-5. Voir plus largement J. CHEVALLIER, *L'analyse institutionnelle*, in *L'INSTITUTION*, CURAPP, PUF, Paris, 1981, 3-61. Voy. également la perspective définie par P. LEGENDRE, *L'AMOUR DU CENSEUR. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Paris, 1974.

Chapitre I

LA PROCEDURE ET L'ACTION

1091. La procédure juridique est « à la fois la conséquence et l'antécédent de l'action »³²²⁶. Mais elle est elle-même action³²²⁷ : « le procès est un segment de l'activité communicationnelle d'une société »³²²⁸. Sa structure fondamentale est dirigée vers le développement du conflit, dans un espace et dans un temps donnés, dans le but de permettre l'échange d'arguments, la proposition d'interprétations, l'esquisse de solutions possibles, contradictoires ou non, d'où résultera la meilleure décision. *Le travail du droit, spécialement dans la procédure, est lié à une théorie de la connaissance*³²²⁹. Ce que nous retrouvons, de loin en loin, dans toute l'histoire de la procédure, c'est une conception de la procédure comme « recherche de la connaissance vraie »³²³⁰, comme *recherche de la vérité*³²³¹. Les garanties procédurales sont les garanties de cette recherche³²³². Dès lors, « le procès est un modèle non seulement pour les activités sociales qui sont à la base du droit, mais aussi, et plus généralement, pour les processus cognitifs en tant que tels »³²³³.

³²²⁶ M. VIRALLY, *LA PENSEE JURIDIQUE*, LGDJ, Paris, 1960, 4.

³²²⁷ Cf. C. PERELMAN, *De la temporalité comme caractère de l'argumentation*, in *RHETORIQUES*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, 437-467; v. également G. HAARSCHER, *Le procès chez Perelman*, APD, t. 39, 1995, 204-210.

³²²⁸ P. RICŒUR, *Le juste entre le légal et le bon*, in *LECTURES I. Autour du politique*, Seuil, Paris, 1991, 194 (nous soulignons). Ce passage traduit l'influence des travaux de J. Habermas qui ont élevé la communication au rang d'une catégorie idéale de l'action (J. HABERMAS, *THEORIE DE L'AGIR COMMUNICATIONNEL. Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, trad. de l'allemand par J.-M. Ferry, Fayard, Paris, 1987).

³²²⁹ Ainsi J. CARBONNIER demande : « Si le droit avait quelque cadeau à faire à la sociologie, n'aurait-il pas dû lui apporter sa théorie de la connaissance ? » (*SOCIOLOGIE JURIDIQUE*, PUF, Paris, 1978, 255). Dans le même sens, « bien que la procédure juridictionnelle par laquelle le fait qui conditionne la sanction est établi ne soit pas une procédure de connaissance du droit, mais une procédure de création du droit, il existe cependant un certain parallélisme entre elle et le processus de connaissance des faits naturels qui sont l'objet de cette connaissance » (H. KELSEN, *THEORIE PURE DU DROIT*, trad. de l'allemand par C. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, 324).

³²³⁰ M. VILLEY, *PHILOSOPHIE DU DROIT*, t. II, *Les moyens du droit*, Dalloz, Paris, 1979, 71.

³²³¹ Il faudrait suivre cette histoire. Déjà les travaux philologiques d'E. BENVENISTE nous suggèrent une image de ce genre : la *juris-dictio* appartient depuis toujours, semble-t-il, à l'ordre instrumental et cognitif. De l'idée d'apaisement social, de résolution pacifique des conflits, qui est dérivée, il faudrait ainsi remonter à l'idée primitive, celle d'un mécanisme voué à la découverte de la mesure exacte. « Le droit a été considéré exclusivement comme un corps de formules, et l'exercice du droit comme une technique... le rôle du magistrat sera donc de montrer la "mesure" qui s'impose dans tel ou tel litige. Nous avons constaté que le droit est une chose qui est à montrer, à dire, à prononcer » (*LE VOCABULAIRE DES INSTITUTIONS INDO-EUROPÉENNES*, t. 2, *pouvoir, droit, religion*, Minuit, Paris, 1969, 131). J. L. GARDIES a montré qu'il existe une solidarité essentielle à Athènes entre le procès, la procédure de démonstration et la démocratie (*Ce que la raison doit au procès*, APD, t. 39, 1995, 44). C'est par là que se distingue le « procès archaïque » du « procès grec » : « l'activité judiciaire contribuera à élaborer la notion d'une vérité objective, qu'ignorait, dans le cadre du "prédroit", le procès ancien » (J.-P. VERNANT, *LES ORIGINES DE LA PENSEE GRECQUE*, PUF, Paris, 1ère éd. 1962, 1997, 78; voy. L. GERNET, *DROIT ET SOCIÉTÉ DANS LA GRECE ANCIENNE*, Sirey, Paris, 1955); ensuite, P. OURLIAC, *L'office du juge dans le droit canonique classique*, in *MELANGES P. HEBRAUD*, Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, 627-644; enfin, P. PONCELA, *Regard sur la vérité judiciaire*, APD, 1984, t. 29, 175-183.

³²³² « Garanties » devient ainsi plus pertinent que « droits » : « garantie » vient de « garant » du francique « warjan » dit le Robert, « garantir comme vrai », de l'allemand « wahr » qui est « vrai ».

³²³³ S. ANDRINI, *Procès, procédure et action sociale : une hypothèse wébérienne*, RIEJ, 1991, n° 26, 87. En effet, « dans la méthode du droit est présente une structure procédurale propre à l'action, du moment que celle-ci est

SECTION I. LA TECHNIQUE DE L'ENQUÊTE

1092. Ce qui est frappant, c'est que cette recherche peut emprunter plusieurs voies. Il existe plusieurs techniques de production de la vérité³²³⁴. Les procédures juridiques modernes empruntent une voie classique, née au milieu du Moyen Age dans l'ordre judiciaire et administratif: c'est le modèle de l'enquête, *l'inquisitio*³²³⁵. Le schème rationnel de l'enquête est le modèle idéal qui guide la décision judiciaire³²³⁶. « Système d'établissement rationnel de la vérité », l'enquête est aussi « un processus de gouvernement, une technique d'administration », qui s'établit comme un pouvoir de « surveillance et d'examen »³²³⁷. Ces deux sens se rejoignent dans l'idée de *police juridique*³²³⁸. L'administration des activités économiques et sociales, dans la Communauté, tient directement d'une telle idée³²³⁹.

§ I. La police économique

1093. Certes, en droit économique, le spectre de la recherche de la vérité est étendu. Dans le modèle judiciaire classique, la vérité est incarnée par la loi générale et abstraite. La loi positive est le fruit d'un « procès de connaissance »³²⁴⁰. Si le respect du contradictoire s'impose, c'est parce que, logiquement, il *fortifie la règle de droit*³²⁴¹. Dans le contentieux économique, la vérité

procédure cognitive » (S. ANDRINI, *Procédures juridiques et procédures cognitives: pour une conception procédurale de l'action sociale*, in *LE MIROIR DU REEL. Essais sur l'esthétique du droit*, LGDJ, Paris, 1997, 192).

³²³⁴ Conception qui est devenue maintenant presque claire depuis les travaux de Michel Foucault portant sur les techniques modernes de production de la vérité, techniques elles-mêmes multiples et foisonnantes, dans lesquelles s'inscrit la procédure juridique: v., pour une utilisation de ces travaux dans le domaine de la procédure pénale, P. PONCELA, *La vérité est de ce monde*, Actes. Cahiers d'action juridique, n° 54, 1986, 69-71.

³²³⁵ « Ce qu'on appelle l'enquête est une forme assez caractéristique de la vérité dans nos sociétés » (M. FOUCAULT, *La vérité et les formes juridiques*, in *DITS ET ECRITS*, vol. II (1970-1975), Gallimard, Paris, 1994, 538-623). Cette conception est exprimée mystérieusement par les canonistes sous l'adage *judex inquisitor veritatis*: la vérité étant « comme une harmonie qui provient de sons divers fournis par les preuves partielles qui constituent la "mélodie judiciaire" » (Cf. P. OURLIAC, *op. cit.*, 639, note 41).

³²³⁶ Voy. J. DEWEY, *LOGIQUE. LA THEORIE DE L'ENQUETE*, trad. de l'anglais par G. Deledalle, PUF, Paris, 2ème éd., 1993, 188 et ss.

³²³⁷ M. FOUCAULT, *op. cit.*, 584, 594.

³²³⁸ Cf. M. HAURIU, *POLICE JURIDIQUE ET FOND DU DROIT*, Sirey, Paris, 1926.

³²³⁹ Etudiant la naissance de la notion d'une « bonne police » liée à la constitution d'une « bonne administration » en Allemagne, M STOLLEIS remarque que « le prétendu antagonisme de l'Etat de police et de l'Etat de droit, selon la formule mise en vogue par la suite, n'a donc jamais existé en Allemagne sous cette forme » (*HISTOIRE DU DROIT PUBLIC EN ALLEMAGNE. Droit public impérial et science de la police (1600-1800)*, trad. de l'allemand par M. Senellart, PUF, Paris, 1998, 593).

³²⁴⁰ S. RIALS, *Sieyès ou la délibération sans prudence. Eléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme*, in *UNE PRUDENCE MODERNE?*, P. Raynaud & S. Rials (dir.), PUF, Paris, 1992, 53.

³²⁴¹ Les droits procéduraux s'insèrent logiquement dans un système de la vérité légale: « A prominent conception of procedural justice - embodied in the due process clause - says that people should have a hearing in order to test whether a rule has been accurately applied...This understanding of due process fits well with a system of rules. The whole point of the hearing is to see whether the rule has been accurately applied. The hearing fortifies the rule » (C.R. SUNSTEIN, *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT*, New York, Oxford University

légale s'efface devant les objectifs économiques de la régulation du marché. Mais le mécanisme reste le même. La procédure n'en retrouve pas moins l'ancienne destination du procès canon comme *theatrum veritatis*, théâtre de la vérité³²⁴². Seulement, la vérité n'est plus uniquement dirigée vers l'ordre juridique normatif, elle tire vers un ordre extra-juridique, « la rationalité économique »³²⁴³. Elle ne se rapporte plus à un système logique de règles juridiques, mais à des interventions socialement efficaces. Dès lors, le respect du contradictoire s'impose parce qu'il est une *condition pour prendre la meilleure décision*³²⁴⁴. « L'équité processuelle »³²⁴⁵ est déterminée par l'intégration et "l'équité" économiques³²⁴⁶. Telle est la voie de ce qu'on peut appeler un « procéduralisme dérivé ». Il s'oppose au « procéduralisme primaire » en ce que la délibération dans la procédure n'est pas neutre; elle est déterminée et légitimée par la poursuite d'objectifs plus fondamentaux: les objectifs de l'intégration économique qui commandent les interventions administratives³²⁴⁷.

1094. Un tel système de vérité mène à la concentration des pouvoirs. De fait, dans la recherche des preuves, la Commission jouit d'une grande liberté. Elle fixe le cadre de l'enquête et demeure maître des faits; elle interroge les parties et prend seule la décision finale. On a pu dire en ce sens qu'elle est « juge et partie ». En fait, elle applique une politique, dans un domaine technique, sous le contrôle limité du juge³²⁴⁸.

§ II. « L'apprentissage administratif »³²⁴⁹

1095. Le système mis en place dans la régulation sociale, bien qu'il passe par des techniques nouvelles, répond au même schéma. Dans la régulation sociale, l'enquête se mue en *analyse de risque*. La destination de la procédure a changé d'expression: elle prend la forme d'un *forum d'apprentissage*. Les acteurs sont plus nombreux et les techniques d'évaluation plus complexes. La procédure n'est plus un échange entre deux parties, mais un ensemble de systèmes de

Press, 1996, 134). Ainsi, « le principe du contradictoire a quelque fondement logique » (N. MACCORMICK, *RAISONNEMENT JURIDIQUE ET THEORIE DU DROIT*, trad. de l'anglais par J. Gagey, PUF, Paris, 1996, 56).

³²⁴² Cf. P. NAPOLI, *Face au droit. Moments d'une expérience foucauldienne*, in MICHEL FOUCAULT, *Trajectoires au cœur du présent*, L. D'Alessandro & A. Marino (dir.), L'Harmattan, 1998, 155-193.

³²⁴³ « La procédure est donc le mécanisme de développement de la rationalité économique, dont le bénéficiaire est principalement l'organe ayant le pouvoir de prendre une décision faisant grief à une personne à laquelle l'acte s'impose » (M.-A. FRISON-ROCHE, *Vers le droit processuel économique*, Justices, 1995, n° 1, 105).

³²⁴⁴ De ce fait, la dimension du principe est moins logique que téléologique, visant une fin efficace dans un contexte social donné (sur la distinction entre vérité et efficacité, J. HABERMAS, *THEORIE DE L'AGIR COMMUNICATIONNEL. Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, trad. de l'allemand par J.-M. Ferry, Fayard, Paris, rééd. 1995, 25-27).

³²⁴⁵ Sur cette notion, L. CADIET, *L'Equité dans l'office du juge civil*, Justices, 1998, n° 9, 87-107.

³²⁴⁶ Cf. Commission des C.E., *Neuvième Rapport sur la politique de concurrence* (1979), 10.

³²⁴⁷ Sur la notion de « procéduralisme primaire ou dérivé », dans un tout autre contexte, M. ROSENFELD, *Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law*, Cardozo Law Review, 1996, 799-800.

³²⁴⁸ Ainsi, la Commission assume le double rôle d'administration technique et d'institution politique (G. VILELLA, *L'ADMINISTRATION SUPRANATIONALE DANS SON CONTEXTE ECONOMIQUE. Le cas européen*, Libreria Universitaria, Bologna, 1998).

³²⁴⁹ L'expression est de J. CHEVALLIER, *SCIENCE ADMINISTRATIVE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1994, 560.

consultation et d'interaction conçus comme un « processus général d'apprentissage »³²⁵⁰. Cependant, elle reste dominée par l'idéal d'une cohérence objective. La délibération et la communication dans la procédure se développent entièrement à partir de la perspective définie par les experts³²⁵¹. Il en résulte, là encore, une concentration de pouvoir entre les mains de la Commission.

1096. La compétence technique est la principale raison qui justifie la délégation de pouvoirs à la Commission au sein du système institutionnel communautaire³²⁵². Elle est prédominante en matière de régulation sociale. Mais elle est aussi fort ambiguë. On sait que les enjeux politiques des questions techniques sont très forts³²⁵³. La Commission assume l'entière responsabilité politique des décisions qui sont prises. De la sorte, elle conserve la maîtrise de toute la procédure d'évaluation et de gestion du risque. Elle sélectionne les compétences, elle favorise les consensus, elle opère les choix décisifs. Cette conception de la procédure n'est au fond qu'un raffinement de la théorie juridique de l'enquête.

SECTION II. LE DROIT DE LA « CONTRE-ENQUÊTE »

1097. Que cette conception ait été maintenue à travers l'histoire ne signifie pas qu'il n'en est pas d'autre. Dans le modèle de l'enquête, la contradiction ou la communication sont simplement intégrées comme un moment du processus de vérification. La contradiction s'exerce dans une

³²⁵⁰ Cette pratique est proche de la conception de la procédure développée par N. LUHMANN dans tous ses travaux. « ...sorge l'impressione generale che coloro che sono delusi da decisioni vincolanti non si possono richiamare a un consenso istituzionalizzato, ma devono necessariamente apprendere. La retorica dei procedimenti, alle quale ci si sottomette implicitamente con il partecipare ad essi, rafforza tale impressione facendola diventare una norma » (N. LUHMANN, *SOCIOLOGIA DEL DIRITTO*, trad. de l'allemand par A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari, 1977, 261; voy. notamment du même auteur, *Quod omnes tangit. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas*, Actuel Marx, n° 21, 1997, 29-48; du même auteur, *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*, MLR, 1995, 285-298; v. également J. CLAM, *DROIT ET SOCIÉTÉ CHEZ NIKLAS LUHMANN. La contingence des normes*, PUF, Paris, 1997; S. MACHURA, *The Individual in the Shadow of Powerful Institutions: Niklas Luhmann's 'Legitimation by Procedure' As Seen by Critics*, in *PROCEDURAL JUSTICE*, K.F. Röhl & S. Machura (eds.), Oñati International Series in Law and Society, Dartmouth, 1997, 181-205.

³²⁵¹ Telle est aussi la principale objection de I. MAUS à la conception de N. Luhmann (*Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights*, *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1996, 856 et ss.).

³²⁵² K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the E.U.? The Contribution of the New Comitology Decision*, CMLR, 2000, 664.

³²⁵³ Ainsi, le Parlement européen, dans un rapport rédigé en 1995, se sert de l'exemple de l'environnement pour montrer la difficulté: « dans la politique de l'environnement s'expriment des décisions politiques fondamentales lorsqu'il s'agit de fixer, par exemple, des valeurs limites d'émission. Malgré leur aspect technique, ces actes ont besoin d'une légitimité parlementaire pleine et entière... » (Rapport sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996, 4 mai 1995, A 4-0102/95/Partie III). Ainsi, une affaire de 1995 relative aux OGM voit le Parlement contester le caractère technique de l'inscription d'OGM aux listes des ingrédients technologiques pouvant être utilisés dans les produits biologiques, et par conséquent la possibilité de donner à cette inscription la forme d'un règlement technique adopté sans consultation du Parlement. Dans cette affaire, la Cour déclarera que les éléments essentiels de la matière ne sont pas en cause dans cette réglementation, s'agissant de l'exécution de principes définis par un règlement de base adopté après consultation du Parlement européen (CJCE, 13 juillet 1995, *Parlement/Commission*, C-156/93, pts 16 à 27, I-2046 à 2049). Reste que, selon C. LANDFRIED, « it can be foreseen that such conflicts will increase » (*Beyond Technocratic Governance: The Case of Biotechnology*, ELJ, 1997, 255-272).

zone qui est dès le départ subordonnée à la zone où règnent l'évidence et la recherche des preuves. Dès lors, elle a tendance à ne s'ouvrir qu'aux intéressés les plus proches, les mieux armés et les mieux informés. Mais là n'est peut-être pas l'unique vérité du procès et de la procédure.

§ I. Le sens du formalisme juridique

1098. « *Le centre de gravité du procès si l'on veut atteindre le fond de la réalité sociologique doit être recherché non dans le jugement mais dans le procès, non dans l'activité des juges mais dans celle des plaideurs, des contendants* »³²⁵⁴. Idée issue d'une longue tradition procédurale, peu entendue. Elle privilégie le moment délibératif, le débat contradictoire, sur le moment décisoire, la prise de décision éclairée. Thèse qui trouve un écho jusque dans le droit de la preuve³²⁵⁵. Dès lors, « la recherche de la vérité judiciaire a pour ressort le principe du contradictoire, qui est un conflit organisé de partialités: sur l'enquête, la *contre-enquête* est de droit. Certes, à la sociologie aussi il arrive aujourd'hui d'ériger la partialité en méthode. Mais il s'agit alors d'une partialité unilatérale. Introduire une procédure contradictoire dans l'administration de la preuve scientifique pourrait être ici le don du droit... »³²⁵⁶.

1099. Ainsi conçue, la procédure juridique n'est pas seulement un élément organisateur; c'est elle qui suspend la recherche technique des fins. Le droit « *commence là où l'on est contraint de délaisser ce terrain de l'unité des fins et d'adopter un autre point de vue, le point de vue de sujets distincts qui s'opposent et dont chacun est porteur de ses propres intérêts privés* »³²⁵⁷. Nous avons essayé de suivre cette idée dans les procédures communautaires. Il ne s'agit pas de revenir à la *disputatio* médiévale, mais de concevoir le procédure comme un champ de lutte ouvert à des interactions diversifiées, dialogique et propice aux confrontations³²⁵⁸. La procédure juridique peut ainsi permettre de reconnaître le point de vue du sujet de droit intéressé mais isolé, à qui on donne l'expression et le droit à la contradiction.

³²⁵⁴ J. CARBONNIER, *Cours de sociologie juridique*, doc. dactylographié, 1961, 220, cité par D. SALAS, *DU PROCES PENAL. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, Paris, 1992.

³²⁵⁵ Telle est la contribution de Lévy-Bruhl selon J. Carbonnier: la preuve s'adresse aux justiciables bien plus qu'aux tribunaux (J. CARBONNIER, *DROIT CIVIL. La Famille, les Incapacités*, PUF, Paris, 11ème éd., 1979, 318); H. LEVY-BRUHL, *LA PREUVE JUDICIAIRE. Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1964, not. 23-35; dans le même sens, reconnaissant que le système probatoire n'est pas orientée seulement vers la valeur de vérité, P. FORIERS, *Observations sur la preuve judiciaire*, in *LA PREUVE EN DROIT*, Bruylant, Bruxelles, 1981, 315-329.

³²⁵⁶ J. CARBONNIER, *SOCIOLOGIE JURIDIQUE*, PUF, Paris, 1978, 20-21.

³²⁵⁷ Tel est selon E. PASUKANIS le propre de la forme juridique (*LA THEORIE GENERALE DU DROIT ET LE MARXISME*, trad. de J.-M. Brohm, EDI, Paris, 1970, 71). Marxiste rejetant le bureaucratisme d'Etat, ayant fait les frais de la dictature stalinienne, Pasukanis étudie le droit en dehors de l'appareil de l'Etat. Ainsi cherche-t-il à maintenir l'autonomie de « l'existence de cette forme juridique même ». Il retrouve par là le droit subjectif, loin de la vulgate marxiste niant l'autonomie du droit (Comp. L. ALTHUSSER, *Sur la reproduction*, Actuel Marx, PUF, 1995, not. « Le Droit », 87-100).

³²⁵⁸ M. VILLEY, *De la dialectique comme art du dialogue et sur ses relations au droit*, APD, t. 27, 1982, 263-272.

1100. Dès lors, le formalisme procédural acquiert un sens positif et spécifique: « un procès “dans les formes” ne traduit pas un formalisme vide »³²⁵⁹. C'est avant tout une « technique juridique »; il y a un sens du formalisme dans la procédure qui conduit à poser des questions de valeurs³²⁶⁰, à opérer des choix essentiels³²⁶¹. L'étude de la procédure ne se ramène pas à l'étude des formalités judiciaires: derrière les formalités extérieures, il y a, dans toute instance procédurale, des questions de fond qui se posent³²⁶². De ce point de vue, le résultat est toujours incertain; la procédure ne se contente pas de retrouver des objectifs donnés d'avance. Rechercher les critères d'une procédure juste suppose de la considérer en elle-même, et cesser de voir la procédure par rapport une fin extérieure³²⁶³.

§ II. De la procédure au bon gouvernement

1101. Il est clair que les procédures communautaires ont tendance à privilégier « l'enquête » au détriment de la « contre-enquête ». Cette tendance s'observe d'abord dans les litiges individuels. C'est le sens des remarques de l'avocat général La Pergola dans l'affaire *Lisrestal*. Les formules qu'il emploie dans cette affaire relative à la gestion Fonds social européen ont une portée tout à fait générale. Le destinataire d'une décision administrative « jouit d'une double catégorie de droits distincts mais qui sont tous dignes d'être protégés »; le premier est « le droit au déroulement correct de la procédure de décision, grâce auquel l'autorité compétente parvient à une décision justement réfléchie »; le second droit est le droit fondamental d'être entendu dès lors qu'un intéressé supporte les conséquences d'un acte de l'administration³²⁶⁴. Or, l'interprète doit toujours « *conserver cette distinction* ». Ramener le second droit au premier, c'est se contenter de promouvoir « une bonne administration »; c'est s'en tenir à une enquête sérieuse et diligente.

1102. Or, cette tendance s'instaure en système de gouvernement. La Commission est passée « *maître de l'erreur* »³²⁶⁵. Travaillant dans l'incertain, elle a mis en place des processus d'information, de vérification et d'évaluation sophistiqués. Il reste qu'entre la décision la mieux informée et une décision juste et responsable, une différence essentielle existe. C'est celle qui sépare les exigences d'une « *bonne administration* » des exigences d'un « *bon*

³²⁵⁹ S. GOYARD-FABRE, *Le procès révélateur*, RRJ, 1983, 144. Voir également, pour une défense théorique de la forme juridique et procédurale, R. DE STEFANO, *IL PROBLEMA DEL DIRITTO NON NATURALE*, Giuffrè Editore, Milano, 1955.

³²⁶⁰ En ce sens, R. MARTIN, *Le fait et le droit ou les parties et le juge*, JCP, 1974, I-2625. Cette idée rejoint une tradition juridique incarnée aux Etats-Unis par L.L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW*, Yale University Press, New Haven, 1969; également R.S. SUMMERS, *LON L. FULLER*, Eward Arnold, London, 1984, not. 34-40.

³²⁶¹ Ainsi que l'affirme le processualiste français H. MOTULSKY: « Nous avons toujours pensé que les options philosophiques se rencontraient souvent, et même beaucoup plus souvent qu'on ne veut généralement l'admettre, dans le traitement des questions de droit en apparence purement techniques » (JCP, 1963, II -13191).

³²⁶² En ce sens, H. VIVIOZ, *ETUDES DE PROCEDURE*, Editions Bière, Bordeaux, 1956, 7.

³²⁶³ Cf. T.R.S. ALLAN, *Procedural Fairness and the Duty of Respect*, OJLS, 1998, 497-515.

³²⁶⁴ Conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire *Commission/Lisrestal* (C-32/95 P), I-5383-5384.

³²⁶⁵ L'expression, de Auguste Comte, est reprise par S. CALLENS pour désigner le développement des probabilistes du XIX^{ème} siècle, dont la figure de proue est Emile Borel, qui fondent de nouvelles méthodes de calcul mais aussi un nouveau mode de gouvernement (*LES MAITRES DE L'ERREUR. Mesure et probabilité au XIX^{ème} siècle*, PUF, Paris, 1997).

gouvernement »³²⁶⁶. Celles-ci se fondent sur le dialogue et naissent dans les assemblées judiciaires chez les « *maîtres de la vérité* » en Grèce³²⁶⁷. A nouveau, dans la Communauté, la procédure devient un « outil politique ». Ce trajet n'est nullement hasardeux. La construction communautaire a rendu obsolète l'idée d'un « système de gouvernement représentatif qui s'adresserait à un *demos* de citoyens »³²⁶⁸. La recherche de légitimité ne passe plus uniquement par celle de la nature *démocratique* du gouvernement. Elle passe par des formes locales de justice dont le lieu privilégié est la procédure. La procédure est politique au sens où, selon H. Arendt, « la politique prend naissance dans l'*espace-qui-est-entre-les* hommes ». Elle « prend naissance dans l'espace intermédiaire et elle se constitue comme relation »; elle est « centrée sur la liberté » et « la discussion »³²⁶⁹.

1103. Ainsi deux logiques se mêlent dans la procédure. L'une est liée à la logique de l'action efficace, l'autre est orientée vers le dialogue et la contradiction. Dans les faits, la distinction est difficile à saisir. La logique de l'enquête ne refuse pas la parole aux intéressés, mais elle la donne dans une sphère limitée au sein de laquelle un petit nombre de personnes, les mieux informées, sont consultées. Cette ouverture n'a rien à voir avec la justice qui se trouve dans la procédure. Comment faire en sorte que la justice procédurale devienne la loi de ce nouveau gouvernement?

³²⁶⁶ Sur la distinction proche entre le « bon management » et le « bon gouvernement », de plus en plus brouillée aujourd'hui, J. LECA, *Sur la gouvernance démocratique: entre théorie et méthode de recherche empirique*, Politique européenne, n° 1, avril 2000, 108-129; du même auteur, *Le gouvernement en Europe. un gouvernement européen?*, Politiques et Management Public, 1997, 21-31.

³²⁶⁷ M. DETIENNE, *LES MAITRES DE LA VERITE DANS LA GRECE ARCHAÏQUE*, Maspero, Paris, 1967 (not. « Le procès de laïcisation »; Préface de P. Vidal-Naquel).

³²⁶⁸ J. LECA, *op. cit.*, 125.

³²⁶⁹ H. ARENDT, *QU'EST-CE QUE LA POLITIQUE?*, trad. de l'allemand par S. Courtine-Denamy, Seuil, Paris, 1995, 33, 57; voy., du même auteur, *CONDITION DE L'HOMME MODERNE*, trad de l'anglais par G. Fradier, Calmann-Lévy, 1983. P. RICŒUR ramène ainsi la catégorie du politique selon H. Arendt à deux conditions: la *pluralité* et la *concertation* (*SOI-MEME COMME UN AUTRE*, Seuil, Paris, 1990, 228 et ss.).

LA PROCEDURE ET LES INSTITUTIONS

1104. Il y a diverses manières d'explorer cette voie. Pour conclure cette étude, on peut dire qu'il y en a deux principales. La première est fondée sur l'argumentation; elle conduit au principe d'adéquation ou d'impartialité et à une nouvelle organisation des phases de la procédure (I). La seconde est fondée sur la coordination; elle conduit au principe d'une participation contradictoire et à une nouvelle organisation institutionnelle (II). En les étudiant brièvement, nous essaierons de montrer que ces interprétations et les pratiques administratives de la Communauté s'éclairent mutuellement. Il restera alors une dernière voie à envisager, qui constitue un horizon pour les deux premières (III).

SECTION I. VERS UNE PROCEDURE IMPARTIALE

1105. Le modèle traditionnel de la procédure d'application du droit consiste à supposer que le juge se contente d'appliquer la loi adoptée par le législateur démocratiquement élu, et d'induire de celle-ci la solution du cas particulier qui se présente devant lui: le jugement, une fois rendu, profiterait *a posteriori* de la légitimité et de l'autorité accordées à la loi; mais il la compléterait aussi rétroactivement: des cas nouveaux susciteraient les normes individuelles justifiant l'adoption de la règle générale et qui serviraient alors à la consolider. Ce modèle suppose que le législateur et le juge parlent exactement le même langage, celui de la volonté générale³²⁷⁰. D'après cette conception, deux conditions sont nécessaires pour une bonne application du droit: une séparation des organes d'élaboration et d'application du droit, et une auto-limitation de la part de l'organe d'application, qui doit s'en tenir à l'application stricte de la loi³²⁷¹. La procédure est la courroie de transmission de la rationalité législative. Aussi, elle doit être la plus neutre et mécanique possible, car la véritable délibération a déjà eu lieu au Parlement³²⁷². Au total, l'impartialité dans la procédure tend à se confondre avec celle du juge³²⁷³.

³²⁷⁰ K. GUNTHER, *Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas*, European Journal of Philosophy, 1995, 37.

³²⁷¹ Derrière ce raisonnement, il y a clairement la volonté de prévenir tout activisme du juge (M. . CAPPELLETTI, *LE POUVOIR DES JUGES*, trad. de R. David, P.U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1990, 69-70).

³²⁷² Délibération qui est supposée avoir épuisé les questions importantes, notamment éthiques. La seule délibération qui demeure, à la limite, est celle du juge, mais en son for intérieur: voir ainsi J. RAZ, *THE CONCEPT OF A LEGAL SYSTEM. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 2nd ed., 1980, 213-216.

³²⁷³ Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, Dalloz, Chron., 1999, 53-57; voy. également G. WIEDERKEHR, *Qu'est-ce qu'un juge?*, in *NOUVEAUX JUGES, NOUVEAUX POUVOIRS. Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, 575-586.

1106. Dans un contexte d'indétermination radicale tel que celui de la régulation économique et sociale, ce modèle ne tient plus³²⁷⁴. D'une part, l'édiction d'une norme suppose d'anticiper, autant qu'il est possible, les cas d'application; mais, d'autre part, chaque application du droit suppose de recommencer, en partie du moins, le travail de justification de la norme. « Qu'une norme soit de prime abord valide signifie simplement qu'elle a été *éditée* d'une manière impartiale; seule son *application* impartiale conduit à la décision valide d'un cas. La validité de la norme ne suffit pas à garantir la justice dans un cas particulier »³²⁷⁵. Ainsi la procédure devient le lieu de production d'arguments et d'interprétations contradictoires de la norme³²⁷⁶. Ce fait a toujours été occulté par la volonté de ne voir dans l'application que les conditions permettant d'accéder à une norme existante.

§ I. « LE PRINCIPE D'ADEQUATION »

1107. Il y a une manière classique d'admettre que l'application est une opération créatrice de droit. Telle est en effet la fameuse thèse de H. Kelsen selon laquelle il n'y a pas de différence essentielle entre création législative et création juridictionnelle: toutes deux sont des processus dans une construction de l'ordre juridique par paliers. Cette thèse trouve un appui dans l'histoire³²⁷⁷. Elle permet de fonder une théorie générale des procédures³²⁷⁸. De là d'ailleurs est née la procédure administrative dans les travaux du viennois Merkl, sur lesquels s'est appuyé le comparatiste Georges Langrod pour l'introduire en France. Bien qu'elle soit à l'origine d'un développement considérable en faveur de l'Etat de droit, cette thèse a l'inconvénient d'adopter un concept de procédure qui l'assimile à un processus mécanique et abstrait. Elle ne distingue pas l'interprétation du juge de la volonté du législateur³²⁷⁹. Dès lors, elle est incapable de voir dans les « pratiques procédurales » un « rapport » rationnel et productif entre interprétations contradictoires.

³²⁷⁴ Dans ce contexte, tous les cas sont « difficiles » au sens où, selon R. DWORKIN, ils sont inédits et ne peuvent être placés avec certitude sous des dispositions légales existantes (*A MATTER OF PRINCIPLE*, Oxford University Press, Oxford, 1985).

³²⁷⁵ J. HABERMAS, *DROIT ET DEMOCRATIE. Entre faits et normes*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997, 239.

³²⁷⁶ Dans la langue de G. TMSIT, « transcription », « transdiction » et « transgression » se juxtaposent (*LES FIGURES DU JUGEMENT*, PUF, Paris, 1993).

³²⁷⁷ Car « selon nos habitudes de penser actuelles, l'activité des groupements publics sur le terrain du droit se décompose en création du droit et en découverte du droit, à cette dernière se rattache de façon purement technique l'"exécution". Sous le vocable "création du droit" nous nous représentons aujourd'hui l'édiction en normes générales (...). Et la "découverte du droit" nous la concevons comme "application" à des situations qui y sont subordonnées (...). Toutes les époques de l'histoire du droit n'ont pas nullement pensé de cette manière... » (M. WEBER, *SOCIOLOGIE DU DROIT*, trad. de l'allemand par J. Grosclaude, PUF, Paris, 1986, 38-39).

³²⁷⁸ Cf. H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti* (traduit de l'allemand), *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile*, 1953, 757-772.

³²⁷⁹ Cf. M. TROPER, *Hans Kelsen et la jurisprudence*, *APD*, 1985, t. 30, 23-94. Le but de Kelsen est en réalité de construire une *théorie formaliste de la démocratie* « dans laquelle la démocratie n'est définie que comme principe d'organisation, une méthode de formation de la volonté étatique ». A ce titre, la Théorie pure apparaît avant tout comme un instrument de « technologie gouvernementale » (Cf. C.M. HERRERA, *THEORIE JURIDIQUE ET POLITIQUE CHEZ HANS KELSEN*, Kimé, Paris, 1997).

1108. Ce rapport est argumentation. Telle est l'intuition commune de nombreux auteurs contemporains³²⁸⁰. Le droit ne se reconnaît plus dans le syllogisme du procès. Il est conflictuel et prend la forme d'une lutte réglée. En tous points, la pratique argumentative se distingue de la rationalité logique³²⁸¹. La logique est formelle, fermée et déductive tandis que l'argumentation est informelle, infinie et non déductive; la logique est abstraite, l'argumentation est concrète et située; la logique est intemporelle, l'argumentation est temporelle et historique; la logique est un mode de dévoilement et de transfert d'une vérité déjà donnée; l'argumentation lie l'application d'une règle à un critère d'acceptabilité. La logique prend pour modèle la forme mathématique; le motif de l'agencement des arguments est liée au contraire à la pratique et à la théorie du droit³²⁸².

1109. Parmi les théories du droit qui reconnaissent la place fondamentale de l'argumentation dans la pratique, il en est une qui fait dépendre « l'acceptabilité des jugements juridiques non seulement de la qualité des argumentations mais également de la structure du procès d'argumentation »³²⁸³. Elle ne s'attache pas seulement à la motivation des décisions judiciaires ou administratives; elle va plus loin et déplace le point de vue sur « la rationalité discursive » de la procédure elle-même³²⁸⁴. Telle est la « théorie de la discussion » de Jürgen Habermas³²⁸⁵. Celle-ci doit beaucoup aux travaux de Robert Alexy, qui s'est donné pour tâche de développer les intuitions de la théorie dans le champ du droit³²⁸⁶.

1110. La théorie d'Alexy est la seule à relier aussi clairement l'argumentation au discours pratique général. L'argumentation juridique ainsi entendue n'est qu'une espèce particulière du discours moral. Elle s'inspire du même postulat, à savoir que les normes qui régissent

³²⁸⁰ Retenons parmi les contributions plus importantes: C. PERELMAN, *LOGIQUE JURIDIQUE. NOUVELLE RHETORIQUE*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 1979; C. PERELMAN & L. OLBRECHTS-TYPECA, *TRAITE DE L'ARGUMENTATION. LA NOUVELLE RHETORIQUE*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1983; M. ATIENZA, *LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORIAS DE LA ARGUMENTACION JURIDICA*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; N. MACCORMICK, *LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY*, Clarendon Press, Oxford, 2nd ed., 1994.

³²⁸¹ Cf. J. LADRIERE, *Logique et argumentation*, in *DE LA METAPHYSIQUE A LA RHETORIQUE*, M. Mayer (éd.), Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986, 35; C. PERELMAN, *Logique formelle et logique informelle*, in *IBID.*, 15-21; A. GIULIANI, *La logique juridique comme théorie de la controverse*, APD, 1966, 87-113.

³²⁸² S.E. TOULMIN, *LES USAGES DE L'ARGUMENTATION*, trad. de l'anglais par P. de Brabanter, PUF, Paris, 1993, 116.

³²⁸³ P. COPPENS, *NORMES ET FONCTION DE JUGER*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1998, 247.

³²⁸⁴ I. DWARS, *La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy*, APD, t. 32, 1987, 291-304.

³²⁸⁵ Les théories maintenant devenues classiques de l'argumentation, que ce soit la Nouvelle Rhétorique de Chaïm Perelman, la Dialectique historique de Michel Villey ou la Dialectique logique de Francis Jacques, ont accompli un progrès radical en montrant que l'indétermination de la procédure d'application impliquait des garanties plus grandes de la part du juge. Elles se traduisent essentiellement par une conception nouvelle et élargie de la motivation. Cependant, elles n'ont pas su ou pas voulu se dégager de la domination institutionnelle du juge dans la procédure et à faire porter l'analyse sur la relation et la pratique procédurale elle-même, abstraction faite de l'intervention du tiers. cf. T. GIL, *La « Diskursethik » et la théorie de l'argumentation de Ch. Perelman: deux conceptions différentes de la rationalité pratique*, in *CHAÏM PERELMAN ET LA PENSEE CONTEMPORAINE*, G. Haarscher (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1994, 331-342.

³²⁸⁶ Ainsi, écrit Habermas, « cela m'avait d'abord poussé à concevoir les débats juridictionnels comme un agir stratégique. Je me suis laissé entre temps laissé convaincre par R. Alexy de ce que les argumentations juridiques, dans toutes leurs inscriptions institutionnelles, doivent être conçues comme un cas spécial du discours pratique (*THEORIE DE L'AGIR COMMUNICATIONNEL. Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, trad. de l'allemand par J.-M. Ferry, Fayard, Paris, rééd. 1995, note 63, 408).

l'argumentation comportent une *prétention à la justesse*³²⁸⁷. Comment se définit cette prétention? La réponse réside justement dans les travaux d'Habermas et de l'Ecole d'Erlangen: la justesse est la prétention qu'élève chaque locuteur — chaque partie — à l'exactitude et à l'universalité de ses arguments. Un bon argument est universalisable: c'est celui qui peut être accepté par toutes les personnes raisonnables concernées³²⁸⁸.

1111. Alexy ne nie pas que, dans l'*économie du discours*, les compromis et les intérêts stratégiques interfèrent³²⁸⁹. Mais il montre aussi que ces intérêts peuvent être contrariés par une « *éthique du discours* »: « l'argumentation est, *par elle-même*, propre à tester le caractère universalisable ou non des intérêts en présence »³²⁹⁰. Les principes de l'argumentation pratique sont à la base toutes les discussions dès lors que celles-ci supposent la mise en œuvre d'arguments. Ils ne demandent pas la bonne volonté des participants à la discussion. Ils sont déjà là où se tient un débat argumenté, à plus forte raison quand ce débat est imposé par le droit. La seule différence est que « dans le discours pratique général une assertion doit être *exacte*, dans le discours juridique elle doit être *exacte dans le cadre de l'ordre du droit positif* »³²⁹¹.

1112. Les règles fondamentales de l'argumentation sont peu nombreuses. P. Ricœur les résume fort bien: « Les unes régissent l'entrée dans le discours: tous ont un droit égal à intervenir, nul n'est interdit de parole. D'autres règles accompagnent la discussion dans tout son cours: chacun doit accepter la demande qui lui est faite de donner des raisons et, si possible, le meilleur argument, ou de justifier son refus. Cette règle constitue la règle générale de justification. D'autres règles régissent l'issue de la discussion: chacun doit accepter les conséquences d'une décision si les besoins bien argumentés de chacun sont satisfaits »³²⁹². La nature de ces règles est « pragmatique ». Rappelons le sens que le mot possède, classiquement, en latin: « est "pragmatique" ce qui a un lien avec les *affaires* à régler et à décider, avant tout les affaires politiques et les cas judiciaires »³²⁹³. S'y ajoute ici un sens plus technique. Ces règles ne sont seulement pas des moyens pour atteindre certaines fins; elles ne découlent pas directement des faits, elles ne sont pas des données naturelles. Elles sont liées aux actes de langage accomplis dans le discours.

1113. Ces règles sont susceptibles de se déployer à différents niveaux, au sein de différentes instances. Il faut, pour cela, qu'elles soient intégrées dans des procédures juridiques

³²⁸⁷ R. ALEXY, *Droit. Discours et Temps*, in *TEMPS ET DROIT. LE DROIT A-T-IL VOCATION A DURER?*, F. Ost & M. Van Hoecke (éds.), Bruylant, Bruxelles, 1998, 15-29.

³²⁸⁸ R. ALEXY, *A THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trad. de l'allemand par R. Adler & N. McCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989, voir not. « *The Justification Rules* ».

³²⁸⁹ Sur la présence d'intérêts stratégiques dans la procédure, M.-A. FRISON-ROCHE, *La procédure injuste*, in *DE L'INJUSTE AU JUSTE*, M.-A. Frison-Roche & W. Baranès (dir.), Dalloz, Paris, 1997, 77-87.

³²⁹⁰ En ce sens, J.-M. FERRY, *L'ETHIQUE RECONSTRUCTIVE*, Cerf, Paris, 1996, 89.

³²⁹¹ I. DWARS, *op. cit.*, 298.

³²⁹² P. RICŒUR, *Interprétation et/ou argumentation*, in *LE JUSTE*, Ed. Esprit, Paris, 1995, 174. En détail, R. ALEXY, *op. cit.*, 188-284.

³²⁹³ Cf. V. DESCOMBES, *En guise d'introduction: Science sociale, science pragmatique*, Critique, 1991, 529-530, 422.

institutionnalisées³²⁹⁴. Habermas a la prétention de fonder sur de telles procédures un modèle général et « processuel » de la démocratie³²⁹⁵. Ce modèle s'impose d'abord au niveau constitutionnel et constituant³²⁹⁶. A ce niveau il trouve même son réalisation la plus complète, car seul est légitime « un pouvoir fondé sur la communication »³²⁹⁷. Ainsi, selon J. Habermas, la reconstruction d'une législation démocratique peut se fonder sur « la rationalité procédurale d'une formation de l'opinion et de la volonté régulée par des procédures ». Celle-ci requiert bien sûr la garantie des droits de participation politique. Mais, ce qui devient tout aussi important, ce sont les règles techniques de la procédure parlementaire. Celles-ci « posent des questions d'une importance principielle ». En effet, pour chaque procédure, il faudra revenir sur le respect des règles de délibération et des conditions de formation des lois. On comprend que cette méthode permet d'accréditer la vieille intuition d'une complémentarité entre la dialectique du procès et la dialectique de la démocratie³²⁹⁸. Mais, au lieu de la fonder sur un prétendu droit naturel³²⁹⁹, elle la fait reposer sur les formes procédurales. On comprend aussi qu'elle autorise l'analogie des techniques limitant l'arbitraire, qu'il soit législatif, administratif ou judiciaire³³⁰⁰.

³²⁹⁴ R. ALEXY, *Idée et structure d'un système de droit rationnel*, APD, t. 33, 1988, 23-38.

³²⁹⁵ Cf. J. HABERMAS, *La souveraineté populaire comme procédure. Un concept normatif d'espace public*, texte trad. et introduit par M. HUNYADI, *La souveraineté de la procédure. A propos de la pensée politique de Jürgen Habermas*, Lignes, n° 7, 1989, 11-58.

³²⁹⁶ C'est tout le sens de l'entreprise de J. HABERMAS que de trouver dans le droit procédural le moyen essentiel de mettre en œuvre les principes d'une théorie de la discussion et de refonder ainsi une politique démocratique (*DROIT ET DEMOCRATIE. Entre faits et normes*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997, 187). Il est à propos de remarquer qu'un même déplacement a été effectué, dans le contexte américain, par Bruce ACKERMAN à l'égard de Rawls: « *Despite of its many attractions, however, I think it would be a mistake to succumb to the image of social contract (...). Americans have another, better way of defining the basic terms of activist legitimacy. It is nothing else than the process of legal disputation itself* » et propose « *a generalization of the idea of procedural due process* » (*RECONSTRUCTING AMERICAN LAW*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1984, 96, 97). Comp. E. LEVINAS, *ENTRE NOUS. Essais sur le penser-à-l'autre*, Grasset, 1991, Le livre de poche, Paris, 1998, 111 (« L'ordre interhumain »). Pour tous ces auteurs, la légitimité de la politique réside dans l'intersubjectivité et la communication. Il reste toutefois des différences importantes sur la notion même de communication.

³²⁹⁷ J. HABERMAS, *op. cit.*, 165; Habermas trouve une illustration convaincante de ce modèle dans les analyses que Jon Elster a consacrées aux débats des Assemblées constituantes de Philadelphie et de Paris. Ces analyses suggèrent en effet qu'il est possible de chercher les conditions d'une formation impartiale de la volonté collective non pas seulement au niveau politique et individuel des motivations des acteurs isolés qui peuplent ces Assemblées, mais également au niveau de procédures de consultation et de décision juridiquement institutionnalisées. Celles-ci sont susceptibles de constituer une contrainte procédurale positive, afin que seules les suggestions « valides », équitables et rationnelles, soient déterminantes pour l'adoption d'une norme (J. ELSTER, *Argumenter et négocier dans deux Assemblées constituantes*, RFSP, 1994, 187-255).

³²⁹⁸ Lire à ce sujet l'article du processualiste et constitutionnaliste italien P. CALAMANDREI, *Processo e Democrazia* (in *OPERE GIURIDICHE*, Morano Editore, Napoli, 1965, vol. I, 618-702), où l'auteur trace une comparaison entre droit processuel et droit constitutionnel, entre système judiciaire et système de gouvernement (681). Bien plus, Calamandrei affirme, à la suite de J. Goldschmidt (*Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925), que le droit processuel ne peut prospérer que sur le terrain du libéralisme. De sorte que « la dialectique du procès est la dialectique de la démocratie parlementaire (...). Le principe du contradictoire ressemble comme deux gouttes d'eau au principe de l'opposition parlementaire » (682).

³²⁹⁹ Voir encore T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile*, 1958, 844-860.

³³⁰⁰ Comp. F. MODERNE, *Sur l'arbitraire législatif*, RFDA, 1999, 184-188. L'auteur montre remarquablement bien, à travers la discussion d'un ouvrage de T.R. Fernández, l'analogie des techniques juridiques qu'il convient de mettre en œuvre pour limiter l'arbitraire constitutionnel et administratif. Il s'en tient là cependant aux techniques juridictionnelles sans entrer dans l'analyse de procédures non contentieuses.

1114. De toutes ces procédures, la procédure judiciaire est assurément la plus contraignante. Le procès possède, en effet, un statut ambivalent³³⁰¹. D'une part, il exige, comme toute autre instance d'argumentation, un échange raisonné d'arguments entre sujets libres et égaux. Mais, d'autre part, la décision judiciaire est enfermée dans un certain nombre de contraintes institutionnelles, temporelles et factuelles. Les règles procédurales formalisent une bonne part de ses contraintes: ce sont les formalités qui règlent les questions soumises au débat, la distribution des rôles au cours de l'instance, l'administration des preuves, le temps de la procédure, le moment et la nature de la décision. Cela explique qu'il soit beaucoup plus difficile, en matière d'application du droit, de justifier une discussion libre et impartiale. En ce cas, « notre savoir limité et le temps fini qui nous est imparti » ne permettent pas de satisfaire aux exigences d'une discussion illimitée et sans contraintes³³⁰².

1115. C'est pourquoi, selon K. Günther, le discours de justification, inhérent au processus d'argumentation, doit être complété par un « discours d'application ». Dans la tentative de cet auteur pour lier la procédure démocratique d'élaboration à l'application impartiale de la norme, l'influence de la théorie de la discussion de Habermas est indéniable³³⁰³. Ce qui distingue le « discours de justification » qui se trouve derrière la législation démocratique et le « discours d'application » du droit, c'est l'exigence de prendre en considération toutes les caractéristiques de la situation en cause³³⁰⁴. Ainsi, dans la procédure d'application, « tout participant peut prétendre à ce que sa description de la situation soit prise en considération »³³⁰⁵. Cette exigence correspond à un « *principe d'adéquation* »³³⁰⁶. L'existence de normes valides existantes ne suffit pas. Il ne suffit pas non plus de prendre en compte, d'une manière abstraite, les traits constants d'une situation, comme dans la procédure de justification. Il faut encore que tous les intérêts particuliers affectés puissent contribuer à la description exhaustive de la situation litigieuse³³⁰⁷. N'est-ce pas précisément un tel principe d'impartialité que semblait faire prévaloir le Tribunal de première instance dans la jurisprudence *Sytraval*³³⁰⁸?

³³⁰¹ Cf. C.M. STAMATIS, *ARGUMENTER EN DROIT. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, Paris, 1995, 222.

³³⁰² P. COPPENS, *op. cit.*, 222.

³³⁰³ Voir en ce sens la discussion des travaux de K. Günther par J. Habermas, *op. cit.*, 1997, 239-241; K. GÜNTHER, *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, in *HABERMAS ON LAW AND DEMOCRACY. Critical Exchanges*, University of California Press, Berkeley, 1998, 234-254.

³³⁰⁴ Cf. K. GÜNTHER, *Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale*, APD, t. 37, 1992, 269-302.

³³⁰⁵ *Ibid.*, 290.

³³⁰⁶ Mais il peut prendre d'autres noms: « *consideration* » (D.J. GALLIGAN, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996) ou « *impartialité* » (G. ISAAC, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968).

³³⁰⁷ Chacune des parties intéressées « peut contribuer à la description exhaustive de la situation litigieuse et permettre ainsi d'isoler la seule norme appropriée au cas d'espèce parmi toutes les normes *prima facie applicables* » (P. COPPENS, *op. cit.*, 223).

³³⁰⁸ TPICE, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, T-95/94, II-2651. Pour l'analyse, *supra*, §§ 461 et ss.

1116. On n'évitera pas ainsi la sélection des parties intéressées et la discrimination entre les parties et les tiers extérieurs. Ce sont des préalables nécessaires à toute application du droit³³⁰⁹. Mais on s'assurera que « les interprétations ne peuvent venir que des individus qui à chaque fois prennent part à la discussion d'application »³³¹⁰. Dès lors, l'application du droit n'est plus le monopole de l'autorité publique, juge ou administration. L'autorité de décision n'est plus considérée comme l'auteur du droit, mais comme la gardienne et la garante de la discussion entre les parties concernées et de la décision qui sera adoptée. Loin d'avoir une signification restrictive et paternaliste, la participation sélective devient plutôt l'expression d'une « citoyenneté virtuelle »³³¹¹. L'accès à cette citoyenneté est certes limité; mais par là l'application du droit est libérée, créant « un espace libre pour une argumentation appropriée », cohérente et adéquate³³¹². L'exigence de sécurité juridique n'est pas sacrifiée. Elle est satisfaite, non par la garantie de lois abstraites, ni même par la garantie d'un droit au juge, mais bien plutôt par la garantie d'une procédure argumentative³³¹³. Au lieu d'essayer de ramener la procédure à une fonction d'information qui réduit les risques de dissension³³¹⁴, cette méthode prône « l'accroissement des risques » et l'institutionnalisation de la discussion³³¹⁵.

§ II. LES GARANTIES DE L'IMPARTIALITE

1117. Nous obtenons ainsi deux premiers résultats pour notre recherche.

A. Un « code de règles procédurales »

1118. Cette méthode nous offre le fondement de quelques règles importantes. Ce qui compte avant tout est de préserver dans toutes les situations procédurales la liberté d'argumenter et de discuter. Continuellement menacée, cette liberté nécessite protection et garantie. Emmanuel Levinas écrit que la nature spécifique de la « rhétorique » consiste à « corrompre » la liberté qu'il

³³⁰⁹ « Application discourses imply a difference between the role of those discourse participants who are involved in the concrete case and those who are not » (K. GÜNTHER, *Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas*, European Journal of Philosophy, 1995, 49).

³³¹⁰ K. GÜNTHER, *Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale*, APD, t. 37, 1992, 289.

³³¹¹ « Then, her decision treats litigants as virtual citizens » (K. GÜNTHER, *Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas*, European Journal of Philosophy, 1995, 52); v. également, E. SPITZ, *L'acte de juger*, RDP, 1995, not. 298.

³³¹² K. GÜNTHER, *THE SENSE OF APPROPRIATENESS. Application Discourses in Morality and Law*, traduit de l'allemand par J. Farrell, State University of New York Press, Albany, 1993, 273.

³³¹³ K. GÜNTHER, *Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale*, APD, t. 37, 1992, 301.

³³¹⁴ Telle est la méthode prônée par Niklas Luhmann et les tenants de la théorie systémique du droit. Selon K. Günther, il faut rejeter la thèse luhmanienne d'une indifférence mutuelle des différents systèmes sociaux et d'une application fonctionnelle du droit (v. également la discussion convaincante des thèses de H. Willke, représentant de la théorie des systèmes au sein de la politique et du droit, par J. HABERMAS, *op. cit.*, 1997, 369-378). Au contraire, « la polycontextualité de la société impose une prise en considération appropriée par le droit, *in casu* » (K. GÜNTHER, *op. cit.*, 1993, 271; et not. 256-268).

³³¹⁵ J. HABERMAS, *op. cit.*, 1997, 51.

y a dans le discours³³¹⁶. Relèvent en ce sens de la rhétorique toutes les stratégies qui ont pour but de détourner ou de récupérer les procédures d'argumentation. Le problème de l'argumentation est justement sa faiblesse dans le contexte de pressions fortes, et l'on ne doit pas accentuer cette faiblesse par une procédure faible. Il existe donc un rapport réciproque entre les règles de l'argumentation et les règles de procédure. Institutionnalisées dans des procédures, les règles de l'argumentation deviennent effectives. Fondées sur l'argumentation, les règles procédurales ne sont plus envisagées seulement comme des contraintes; elles sont conçues comme « des lois de la liberté »: de la liberté d'argumenter³³¹⁷.

1119. Le principe d'impartialité suscite ainsi deux types de formalisations: une formalisation des règles de l'argumentation, qui a déjà fait l'objet de grands progrès³³¹⁸; une formalisation des règles procédurales. Celle-ci, bien qu'elle ait fait l'objet d'études techniques abondantes dans toutes les branches du système juridique, reste insuffisamment développée dans ses principes et dans ses fondements³³¹⁹. Les règles fondamentales sont les suivantes. La première est la règle de la *participation* effective des intéressés à la procédure: elle implique l'obligation d'organiser une audition des parties, dans un délai raisonnable, de prendre en considération leurs interventions et la possibilité de faire appel. La seconde est la règle de *l'égalité des armes*³³²⁰; de là découlent notamment les exigences de communication des informations et de protection de la vie privée³³²¹. La troisième est la règle de *l'intelligibilité*, qui commande l'assistance juridique et linguistique aux personnes affectées. La dernière est celle de la *motivation*: il s'agit du droit à disposer d'une décision dans un temps raisonnable, sur une base cohérente et qui soit contrôlable.

1120. Dans la mesure où ils créent ou consolident, par l'argumentation, des rapports de reconnaissance mutuelle, les droits procéduraux sont foncièrement « relationnels »: ni « entités abstraites », essences dérivées du droit naturel³³²², ni « mesures concrètes », droits mesurables en temps et en argent³³²³, mais des « relations »³³²⁴. Elles rejoignent ainsi les règles de la délibération démocratique fondées sur l'argumentation³³²⁵.

³³¹⁶ E. LEVINAS, *TOTALITE ET INFINI. Essai sur l'extériorité*, Kluwer, 1971, Le Livre de poche, Paris, 1996, 67.

³³¹⁷ J. HABERMAS, *L'INTEGRATION REPUBLICAINE. Essais de théorie politique*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz, Fayard, Paris, 1998, 277.

³³¹⁸ On peut ainsi envisager l'élaboration d'un « code de la raison pratique » (I. DWARS, *op. Cit.*, 302).

³³¹⁹ A notre connaissance, les travaux les plus importants portant sur l'élaboration rationnelle des règles et principes de procédure ont été effectués, sur des bases philosophiques anglo-saxonnes, par le théoricien du droit américain M.D. BAYLES (Lire ainsi *Principles for Legal Procedure*, Law and Philosophy, 1986, 33-57; du même auteur, *PRINCIPLES OF LAW. A Normative Analysis*, Kluwer, Dordrecht, 1987; principalement, *PROCEDURAL JUSTICE. Allocating to Individuals*, Kluwer, Dordrecht, 1990).

³³²⁰ Cf. G. SOULIER, *L'égalité de parole, principe de la démocratie et du procès pénal*, in *PROCES PENAL ET DROITS DE L'HOMME. Vers une conscience européenne*, M. Delmas-Marty (dir.), PUF, Paris, 1992, 243-253; G. DEMEZ, *L'égalité dans le procès civil*, in *L'EGALITE*, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, vol. VIII, C. Perelman & L. Ingber (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1982, 54-75.

³³²¹ En ce sens, J.L. MASHAW, *DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE*, Yale University Press, New Haven, 1985.

³³²² Pour une critique de la conception des droits en termes d'essence, B. EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, in *LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE*, M.-L. Pavia & T. Revet (dir.), Economica, Paris, 1999, 25-34.

³³²³ Voy. déjà E. LEVY, *Les droits sont des mesures*, APD, 1932, 61. Ainsi les considère plus généralement la théorie économique du droit (voy. R. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, Brown & Co., Boston, 2nd ed., 1977).

B. Une nouvelle dynamique de la procédure

1121. L'édiction de règles procédurales ne suffit pas. Ce qui compte avant tout est une redistribution des étapes de la procédure. Les procédures actuelles relèguent le contradictoire au second plan de la procédure. Cette neutralisation du contradictoire s'observe aussi bien dans les procédures économiques que dans les procédures de la régulation sociale. Or, sur le fondement du principe d'impartialité, on ne peut plus décider sans donner la parole aux intéressés. Le principe exige la présence *réelle* des parties dès le début de la procédure. On ne peut escamoter la discussion ou la compenser par une communication ultérieure. De telles pratiques sont, en effet, susceptibles d'éliminer ceux dont la présence est susceptible d'apporter des éléments pertinents d'appréciation de la situation.

1122. C'est pourquoi il faut intervertir les termes de la procédure. Dans le système actuel, d'enquête ou d'analyse de risque, il y a d'abord l'établissement "objectif" des faits. L'intervention "subjective" des parties n'est que seconde: elle a pour but de clarifier la situation ou de légitimer la décision qui, *de facto*, a *déjà* été prise. Au contraire, on peut apercevoir dans le principe d'impartialité un effort pour mettre le processus d'établissement des faits et de recherche des preuves à l'épreuve immédiate de la contradiction. Cet effort consiste concrètement à introduire la participation des intéressés dans l'enquête ou au sein de l'expertise.

1123. L'instruction serait ainsi menée sur la base de la procédure contradictoire, et non l'inverse³³²⁶. Dès lors, la règle de la motivation prend une grande importance. A cet égard, un rapprochement avec les règles du droit administratif américain pourrait s'avérer fructueux³³²⁷. Il s'agirait d'imposer que l'exposé des motifs comporte toutes les questions que l'administration a dû résoudre et les réponses qu'elle y a apportées.

³³²⁴ Voir J. HABERMAS, *L'INTEGRATION REPUBLICAINE. Essais de théorie politique*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz, Fayard, Paris, 1998, 325.

³³²⁵ Comp. avec les principes dégagés par la théorie de la délibération de Joshua COHEN dans le cadre d'une procédure démocratique: i) la délibération est *libre*, en partie parce qu'elle est exempte de contraintes externes, en partie parce qu'elle ne détermine aucun résultat *a priori*; ii) la délibération est *argumentée*, elle s'effectue par l'échange réglé d'informations et de raisons par des parties qui font des propositions et les soumettent à un examen critique; iii) la délibération est fondamentalement *égalitaire*, en ce que toutes les personnes susceptibles d'être concernées par les décisions prises ont des chances égales d'y accéder et d'y participer; iv) enfin la délibération se donne pour but de parvenir à un consensus *rationnellement motivé* (J. COHEN, *The Economic Basis of Deliberative Democracy*, Social Philosophy & Policy, Vol. 6, Issue 2, Spring 1989, 25-50).

³³²⁶ C'est dans cet esprit qu'est menée toute la tentative de B. LATOUR (*POLITIQUES DE LA NATURE. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, La Découverte, Paris, 1999, 355). Elle renvoie à la nécessité de « procéder lentement, dans les formes (*due process*), en offrant à la production du monde commun l'équivalent d'un état de droit ». « Comment engendrer *dans les formes* la réalité, l'extériorité et l'unité de la nature? » L'auteur répond par un nouvel arrangement institutionnel qui prétend adopter comme modèle la forme procédurale du droit (*due process*). Il s'agit de reconstruire la théorie de la démocratie pour les temps difficiles de crise de la vache folle.

³³²⁷ D'après les règles de la procédure administrative américaine, l'organe fédéral intéressé doit faire état des commentaires et analyses reçus de la part des administrations fédérées ainsi que des entreprises concernées. Voir G. CAPT, *LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES EN DROIT AMERICAIN*, Librairie Droz, Genève, 1989, 98 et ss.

1124. En principe, la motivation clôt la procédure. Cette fonction de clôture est essentielle à la dynamique et à la cohérence de l'action administrative. En décidant, l'autorité administrative choisit, écarte et exclut certaines des propositions faites, en cours de procédure, soit par les experts soit par les parties intéressées. En matière de régulation sociale, la Commission a le devoir d'assurer un suivi des évaluations scientifiques, en sorte qu'en certains cas elles devront être reprises³³²⁸. De la manière, dans ces domaines, l'application du principe d'impartialité pourrait conduire à une réouverture de la procédure par les "exclus" de la décision; parmi eux se présentent les exclus privilégiés que sont le Parlement et le Conseil³³²⁹. Dans des situations incertaines et changeantes, il n'est pas irrationnel de consacrer le droit d'être ré-entendu à ceux qui présentent des raisons légitimes d'être pris en compte³³³⁰. Mais on ne saurait pousser trop loin dans cette voie, et il est probable qu'une règle stricte de recevabilité devra poser une limite à ce type de recours.

1125. Il est sûr que des considérations d'efficacité, légitimes, s'opposeront à ces idées. Cependant, elles ne résistent pas aux gains de légitimité qu'on peut en escompter. S'en tenir là est toutefois insuffisant. Le principe d'impartialité procédurale reste un principe abstrait. La position de la théorie de la discussion est déterminante pour notre investigation parce qu'elle permet de définir la procédure à partir de règles qui protègent l'intégrité du processus argumentatif. Mais, là où il y a un rapport d'argumentation, il y a déjà un rapport avec le contexte social et le cadre institutionnel à travers et entre lesquelles ces arguments sont développés³³³¹. L'institution est ce que la théorie de la discussion présuppose dans sa recherche mais qu'elle oublie d'intégrer dans son cadre théorique de référence³³³². La prise en compte du contexte institutionnel est fondamental pour éviter que l'argumentation ne soit trop facilement récupérée dans des processus de marchandage et de négociation³³³³.

SECTION II. VERS UN NOUVEL EQUILIBRE INSTITUTIONNEL

1126. Affirmer que la procédure juridique est fondée sur des conditions sociales, normatives et institutionnelles particulières implique d'introduire un certain *pragmatisme*. Un courant de plus

³³²⁸ Cf. Art. 95 § 3 CE.

³³²⁹ En ce sens, P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, 55. Les auteurs militent pour de « nouveaux arrangements » qui « créeront une nouvelle opportunité pour le Parlement européen de présenter des analyses et des propositions de mesures complémentaires ».

³³³⁰ B. LATOUR parle d'un « recours en révision » (*op. cit.*, 175). Rappelons qu'il existe une procédure de « réexamen » en matière d'antidumping si la demande est étayée par des éléments de preuve suffisants (art. 11 du Règlement 384/96, JOCE 1996, 56/1).

³³³¹ Voy. K. TUORI, *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, Ratio Juris, 1989, 125-143.

³³³² Voy., en ce sens, J. DE MUNCK, *L'INSTITUTION SOCIALE DE L'ESPRIT. Nouvelles approches de la raison*, PUF, Paris, 1999, not. 163 et ss.. L'auteur parle, à propos de la théorie d'Habermas, d'un « impensé institutionnel fondamental ».

³³³³ Telle est la principale critique que C. CASTORIADIS adresse aux conceptions de la démocratie fondées sur la procédure (sur ce point, A. KALYVAS, *La politique de l'autonomie et le défi de la délibération: Castoriadis contra Habermas*, Les Temps Modernes, 2000, n° 602, 71-103; C. CASTORIADIS, *La démocratie comme*

en plus important au sein de l'analyse institutionnelle et sociale tend à mettre l'accent sur une conception pragmatique et procédurale de l'action publique³³³⁴. Il repose pour l'essentiel sur l'idée que les éléments cognitifs propres aux procédures de décision jouent un rôle important dans la mise en œuvre de nouveaux équilibres institutionnels.

§ I. UN DISPOSITIF COLLECTIF DE COORDINATION

1127. Habermas et son école soutiennent encore la thèse d'une cohérence et d'une objectivité de la procédure d'application du droit. Certes, il ne s'agit pas de revenir à un « holisme juridique », à une cohérence selon laquelle le jugement se réfère directement à la loi générale et abstraite³³³⁵. Mais il s'agit d'une cohérence « procéduralisée » qui renvoie, non à la loi, mais aux procédures démocratiques de délibération et de formation des normes. Cette cohérence s'affirme concrètement dans un espace public de discussion « permanent » et « transparent »³³³⁶. En dernière analyse, c'est la normativité contenue dans les discussions instituées par les procédures démocratiques qui fonde l'argumentation du juge. Le juge est alors un *représentant* du public³³³⁷. L'argumentation du juge, « c'est à vrai dire la courroie qui *transmet* la rationalité de la procédure législative aux procédures judiciaires et administratives »³³³⁸.

1128. La faiblesse de cette conception, que par un côté nous avons rejointe, consiste à faire reposer toute la légitimité de la norme sur la rigueur d'une procédure idéale fondée sur les règles de la discussion. La procédure d'application est conçue comme le cadre le plus transparent possible de l'argumentation, qui reproduit les règles de la discussion. Elle n'est capable de se développer correctement, dans des conditions idéales, qu'à l'abri du juge et du Parlement. Elle laisse dans l'ombre les processus administratifs ou économiques, renvoyés à la logique instrumentale de l'efficacité³³³⁹.

procédure et comme régime, in *LA MONTEE DE L'INSIGNIFIANCE. Les carrefours du labyrinthe IV*, Seuil, Paris, 1996, 221-241).

³³³⁴ Trois courants peuvent se rejoindre ici : l'économie des conventions (A. Orléan (dir.), *ANALYSE ECONOMIQUE DES CONVENTIONS*, PUF, Paris, 1994; v. également *Economie des Conventions*, Revue économique, n° 2, mars 1989), la théorie de la polyarchie délibérative (J. COHEN & C. SABEL, *Directly-Deliberative Polyarchy*, ELJ, 1997, 313-342; M. DORF & C. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, CLR, 1998, 270-465) et l'analyse cognitive des politiques publiques (Y. SUREL, *Idées, intérêts, institutions dans l'analyse des politiques publiques*, Pouvoirs, 1998, n° 87, 161-178; du même auteur, *L'intégration européenne vue par l'approche cognitive et normative des politiques publiques*, RFSP, 2000, 235-253).

³³³⁵ R. ALEXY, *The Special Case Thesis*, étude présentée à l'EUI, *Discussing Jürgen Habermas'Philosophy of Law*, M. La Torre (dir.), Florence, 1998, à paraître dans *Ratio Juris*.

³³³⁶ J. HABERMAS, *op. cit.*, 1997, 51.

³³³⁷ Cf. P. COPPENS & A. BERTEN, *Objectivité et représentation*, in *DWORKIN. Un débat*, S. Wesche & V. Zanetti (dir.), Ousia, Bruxelles, 1999, 165-204.

³³³⁸ J. HABERMAS, *DROIT ET MORALE. Tanner Lectures (1986)*, trad de l'allemand par C. Bouchindhomme & R. Rochlitz, Seuil, 1997, 39.

³³³⁹ Cf. P. LADRIERE, *Espace public et démocratie. Weber, Arendt, Habermas*, in *POUVOIR ET LEGITIMITE. Figures de l'espace public*, Raisons pratiques, EHESS, n° 3, 1992, 19-43. Ainsi, selon J.P. MCCORMICK & N. BRENNER, Habermas néglige complètement la sphère des relations économiques, sur lesquelles le modèle communicationnel qu'il recommande n'a aucune prise (*The Nation-State, Globalization and Contemporary Democratic Theory*, étude présentée à l'EUI, Florence, 1996).

1129. Que se passe-t-il quand la procédure de décision est engagée dans l'action administrative ou économique? De ce point de vue, la procédure n'appartient pas seulement à « l'agir communicationnel », elle fait partie de « l'agir social »³³⁴⁰. Le passage de la discussion et de l'argumentation à la décision dans la procédure présuppose l'instauration de positions de pouvoir. Il donne naissance à des phénomènes de délégation et de dissymétrie de l'information³³⁴¹. L'horizon d'une « communication exempte de domination » ne disparaît pas pour autant de l'arrière-plan de l'action. L'institutionnalisation des arguments dans la procédure n'implique pas une détérioration de leur validité. Seulement, ils deviennent tout de suite ambigus. La procédure introduit « l'indécidabilité » au cœur de l'argumentation, au sens où elle constitue un espace dans lequel les acteurs peuvent maintenir des interprétations différentes voire opposées³³⁴². En libérant des « processus interprétatifs »³³⁴³, elle permet au domaine du choix de la norme de s'ouvrir: l'indécidabilité n'exclut pas, elle implique la *communication* et la *coordination*³³⁴⁴. Mais, par là même, elle révèle des risques de distorsion de l'argumentation³³⁴⁵. Comment répondre à ces risques? Comment encadrer l'incertitude radicale qui pèse sur l'action? Comment assurer une procédure juste en dehors du cadre de la représentation? Cela ne revient-il pas à concevoir de nouveaux cadres institutionnels?

1130. Pour répondre à ces questions, il faut imaginer de nouvelles pratiques institutionnelles au sein même des procédures économiques et administratives. Ce courant ne reconnaît plus le privilège de la représentation. Ainsi, au modèle constitutionnel classique fondé sur le *gouvernement représentatif*, Charles Sabel oppose un modèle institutionnel fondé sur le *gouvernement administratif*. Non que l'idée de représentation soit écartée. Celle-ci reste un point central de l'organisation sociale: elle permet d'assigner des objectifs généraux et d'affirmer des valeurs communes. Mais il faut trouver des formes nouvelles d'administration du social. La Constitution n'en constitue plus *ni l'origine ni la fin*. Sa capacité créatrice, qui réside dans un moment exceptionnel et originel³³⁴⁶, doit être transférée dans des organisations plurielles et locales. De là la formation d'ordres constitutionnels multiples et décentralisés (« *constitutional*

³³⁴⁰ Sur cette notion, C. CASTORIADIS, *L'INSTITUTION IMAGINAIRE DE LA SOCIÉTÉ*, Seuil, Paris, 1975, not. 485-486.

³³⁴¹ Sur ce point, P. LIVET, *Les lieux de pouvoir. Peut-on penser le pouvoir en partant d'une théorie de la communication?*, Raisons pratiques, EHESS, n° 3, 1992, 45-68.

³³⁴² P. LIVET, *Organizations, Rights and Undecidability Spaces*, in *LIBERALS INSTITUTIONS, ECONOMIC CONSTITUTIONAL RIGHTS, AND THE ROLE OF ORGANIZATIONS*, K.-H. Ladeur (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 216.

³³⁴³ Cette production de « processus interprétatifs » a aussi bien sa place au sein de la procédure judiciaire. Sur cette idée est fondée tout le travail de P. RICŒUR sur le droit: l'argumentation « se borne à mettre en forme un processus compliqué d'ajustement mutuel entre l'interprétation narrative des faits et l'interprétation juridique de la règle » (*L'universel et l'historique*, Conférence donnée le 1er avril 1996, Le magazine littéraire, septembre 2000).

³³⁴⁴ Voir J. LENOBLE, *DROIT ET COMMUNICATION*, Cerf, Paris, 1994.

³³⁴⁵ Voy. en général, B. GNASSOUNOU, *Morale, coordination sociale et philosophie. L'éthique de la discussion peut-elle honorer ses prétentions?*, in *L'ACTION COLLECTIVE. Coordination, conseil, planification*, Annales littéraires de Franche-Comté, Les Belles Lettres, Paris, 1998, 78-105.

³³⁴⁶ Ce que Bruce Ackerman nomme des « *constitutional moments* » (*WE THE PEOPLE. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991).

orders »)³³⁴⁷. Le modèle de référence est proche de celui de l'entreprise, car « l'entreprise représente l'archétype de l'organisation en situation d'apprentissage collectif complexe »³³⁴⁸. L'entreprise innovante s'inscrit bien dans la logique fondamentale de la société complexe, la logique de réseau³³⁴⁹. Or, l'idée est d'offrir des solutions institutionnelles qui permettent de dénoncer, au nom des principes mêmes sur lesquels repose cette société, les pratiques injustes et les usages sociaux illégitimes³³⁵⁰. Ainsi, les *processus de production de normes* sont indissociables des *processus de production socio-économiques*. Isolés, ils perdraient toute efficacité mais aussi toute légitimité.

1131. Cette approche s'appuie sur la construction des réseaux existants. Un gouvernement administratif est un « dispositif collectif » agréant un ensemble hétérogène d'acteurs, qui fonctionne grâce à un mécanisme *d'apprentissage*. Dans ces conditions d'incertitude radicale, « une règle n'est jamais une solution toute faite — c'est une heuristique » : c'est « une heuristique au sein (et au service) d'un processus d'apprentissage »³³⁵¹. L'objectif est de créer des dispositifs de circulation et d'accumulation de l'information qui permettent de compenser l'incertitude qui pèse sur la possibilité d'intervenir efficacement. Mais l'enjeu est aussi bien « la redistribution des formes d'expertise » et l'ouverture de la procédure à toutes les personnes intéressées³³⁵². Ainsi, ce dispositif crée des procédures de reconnaissance sociale. Seulement, la reconnaissance ne passe plus par la *représentation*, législative ou juridictionnelle, qui bloque les processus d'apprentissage; elle dérive de ceux-ci et s'efforce de les canaliser: aussi passe-t-elle par la *participation*. L'autonomie individuelle ne se sépare plus de la mise en commun.

1132. La procédure est le lieu de cette mise en commun. Ce modèle correspond à un ordre social fragmenté, composé d'une pluralité de mondes et de rationalités locales contradictoires. Au lieu de se référer à des procédures générales, il préfère susciter la création de processus locaux de délibération et d'apprentissage³³⁵³. A chaque problème, il constitue une procédure. Les processus de délibération ne s'aliènent pas dans la technique procédurale qui les organisent. La technique juridique est au contraire utilisée comme une « *langue commune* », qui permet de traduire les

³³⁴⁷ C. SABEL, *Constitutional Ordering in Historical Context*, in *GAMES IN HIERARCHIES AND NETWORKS. Analytical and Empirical Approaches to the Study of Governance Institutions*, F. Scharpf (ed.), Verlag, Frankfurt am Main, 1993, 65-123.

³³⁴⁸ O. FAVEREAU, *Règles, organisation et apprentissage collectif: un paradigme non standard pour trois théories hétérodoxes*, in *ANALYSE ECONOMIQUE DES CONVENTIONS*, A. Orléan (dir.), PUF, Paris, 1994, 128.

³³⁴⁹ Le modèle de référence est précisément l'entreprise japonaise, car « la principale différence entre l'entreprise américaine et la japonaise est que l'américaine privilégie l'efficacité, réalisée par une spécialisation très fine et une démarcation tranchée entre les tâches, tandis que la japonaise insiste sur la capacité du groupe de travailleurs à faire face aux urgences locales de manière autonome, en apprenant à agir et à partager les connaissances dans l'atelier même » (M. AOKI, *INFORMATION, INCENTIVES AND BARGAINING IN THE JAPANESE ECONOMY*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1988, cité par D. COHEN, *La polyvalence dans le travail est-elle toxique?*, Esprit, janvier 2000; v. C. SABEL & J. ZEITIN, *Historical Alternatives to Mass Production: Politics, Markets and Technology in Nineteenth-Century Industrialization*, Past and Present, 1985, n° 108, 133-176).

³³⁵⁰ L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *op. cit.*, 461.

³³⁵¹ O. FAVEREAU, *op. cit.*, 132.

³³⁵² J. DE MUNCK, *op. cit.*, 191.

³³⁵³ Cf. M. DORF & C. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, CLR, 1998, 270-465.

différentes attentes sociales, de les rendre intelligible en donnant des raisons³³⁵⁴. Le droit ne se résume pas à des normes générales mais il apparaît ainsi comme « un omnibus ouvert à toutes les valeurs. Ces valeurs, il ne les fournit pas: il les reçoit de la société »³³⁵⁵.

1133. Pour assurer l'entente entre les acteurs, la délibération se superpose à l'argumentation. La liberté de parole et d'argumentation est certes importante et elle doit être préservée. Mais elle est inscrite dans un mécanisme d'apprentissage collectif coordonné (« *learning by monitoring* »)³³⁵⁶. Sous peine d'être dissous dans des pratiques de management ou des formes de domination, ce mécanisme de coordination nécessite des règles. De même qu'« il convient d'aller d'une théorie de l'entreprise à une théorie de l'organisation plutôt que l'inverse », il convient « d'aller aux règles par une théorie de l'organisation, et non l'inverse »³³⁵⁷. Ces règles ne doivent pas être réduites aux « droits subjectifs » de la tradition juridique, conçus sur le modèle patrimonial. Car, transposés dans ce contexte, ces droits n'auraient pour effet que de limiter les processus d'échanges là où il est précisément question de les libérer.

1134. Ces règles prennent sens, au sein de l'organisation administrative, dans une pratique spécifique de la *délibération*. Les droits ne consistent plus à investir le sujet d'un « contenu moral méta-juridique ». Ils sont en quelque sorte « procéduralisés »: il s'agit bien « de substituer à la vision traditionnelle d'un rapport de droit (principal, substantiel) à droit (pouvoir dérivé) celle, beaucoup plus féconde mais beaucoup plus difficile à saisir, d'un rapport de sujet à sujet, et d'un rapport qui serait, ici, essentiellement conflictuel »³³⁵⁸. Ces droits sont « des règles de relation »³³⁵⁹; mais plus encore ce sont des « relais » pour l'échange et la distribution d'informations³³⁶⁰. Ainsi, le formalisme procédural devient un facteur essentiel dans la production des normes³³⁶¹. N'est-ce pas précisément une telle conception que met en œuvre la jurisprudence *Technische Universität München*, lorsqu'elle fonde la reconnaissance de garanties procédurales

³³⁵⁴ G. TEUBNER, 'Altera pars audiat': le droit dans la collision des discours, *Droit et Société*, 1997, n° 35, 99-123.

³³⁵⁵ J.-P. HAESAERT, *La technique juridique*, APD, 1939, 69. De manière générale, le droit est redécouvert dans une société « en réseau », où différents mondes et « cités » se côtoient: « la mise aux normes pourrait faire peser sur la vie sociale une rigidité excessive si le droit n'était aussi le lieu même du compromis parce que, n'étant inscrit dans une cité particulière, mais conservant la trace des différentes légitimations du bien commun, il est amené sans cesse à travailler, c'est-à-dire à réduire les tensions entre les exigences hétérogènes qui composent sa trame » (*LE NOUVEL ESPRIT DU CAPITALISME*, Gallimard, Paris, 1999, 500).

³³⁵⁶ C. SABEL, *Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development*, in *THE HANDBOOK OF ECONOMIC SOCIOLOGY*, N. Smelser & R. Swedberg (eds.), Princeton University Press, Princeton, 1994, 137-165.

³³⁵⁷ O. FAVEREAU, *op. cit.*

³³⁵⁸ J.-J. SUEUR, *RECHERCHES SUR LE CONCEPT DE DROIT SUBJECTIF. Essai de méthodologie juridique*, Thèse Droit, Nice, 1980, 428-429.

³³⁵⁹ On retrouve ici la démarche de Charles EISENMANN qui rejette la conception classique rattachant le droit subjectif à l'ordre objectif, pour y voir plutôt, dans la lignée de Kelsen, un « point d'imputation », où ce qui est importe est « le point de vue du destinataire » de la norme (*Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin*, RDP, 1954, 753-774).

³³⁶⁰ C. SABEL, *Design, Deliberation, and Democracy: On the New Pragmatism of Firms and Public Institutions*, in *LIBERALS INSTITUTIONS, ECONOMIC CONSTITUTIONAL RIGHTS, AND THE ROLE OF ORGANIZATIONS*, K.-H. Ladeur (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1997, 101-149. De ce point de vue, les droits sont très bien décrits comme des « ressources pour l'action » (A. JEAMMAUD, *Les règles juridiques et l'action*, Dalloz, 1993, Chron., 207-212).

non seulement sur le droit d'être entendu mais sur les connaissances spécifiques détenues par l'intéressée³³⁶²?

1135. C'est ainsi le contradictoire qui se substitue aux droits de la défense. Traditionnellement, la défense est liée à l'Etat. Elle est liée à la naissance de l'Etat moderne libéral, dans lequel la liberté politique s'incarne non seulement dans la distribution des pouvoirs constitutionnels et la représentation législative, mais aussi dans les garanties procédurales conférées au citoyen lors de la répression pénale³³⁶³. Mais, ici, la « souveraineté du droit subjectif » disparaît parce qu'il n'y a plus d'Etat³³⁶⁴. Du moins l'Etat disparaît-il en tant que totalité souveraine³³⁶⁵. Un dispositif de ce genre suppose certes une unité centrale. Mais celle-ci n'agit plus comme une structure hiérarchique et centralisatrice. Son rôle consiste essentiellement à rechercher les personnes intéressées, à définir les responsabilités des différents acteurs, à jouer le rôle d'arbitre dans la discussion, et à assurer leur coordination et le suivi des solutions retenues. Tel est le « pouvoir procédural fort » qu'on pourra qualifier d'« administration »³³⁶⁶.

Que peut-on tirer de cette brève analyse pour notre recherche? Il s'ensuit à la fois un nouveau partage des fonctions et un nouvel équilibre institutionnel.

§ II. UNE NOUVELLE DISTRIBUTION DES RESPONSABILITES

1136. A côté d'une nouvelle distribution des étapes de la procédure, fondée sur le principe d'impartialité, une telle conception du contradictoire conduit à une nouvelle distribution des responsabilités. Les développements de cette étude ont montré l'intérêt de réunir au sein d'une même procédure l'ensemble des personnes intéressées. Il est évident que ces questions ne peuvent

³³⁶¹ J. DE MUNCK parle de « la productivité des formalismes » (*op. cit.*, 155). Comp. J. LADRIERE: « le formalisme est essentiellement lié à la vertu de l'opérateur, il est opération incessante, matrice infinie de transformations... » (*L'ARTICULATION DU SENS*, I, Cerf, Paris, 1994, 70).

³³⁶² CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, pts 24-25, I-5501. Pour l'analyse, *supra*, §§ 797 et ss.

³³⁶³ Sur ce point méconnu, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Legal Security from the Point of View of the Philosophy of Law*, Ratio Juris, 1995, 127-41.

³³⁶⁴ C. HANNOUN, *LE DROIT ET LES GROUPES DE SOCIETES*, LGDJ, Paris, 1991, 36. Pour une défense des droits subjectifs en dehors de toute attache étatique dans une perspective historique, M. LA TORRE, *DISSAVENTURE DEL DIRITTO SOGGETTIVO. Una vicenda teorica*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.

³³⁶⁵ Nous suivons ici B. Latour et C. Sabel sur les traces de John DEWEY: « *Conceptions of "The State" as something per se, something intrinsically manifesting a general will and reason, lend themselves to illusions* ». Pour découvrir l'Etat, il faut partir de la communauté sociale. Mais celle-ci n'est pas un tout, c'est un principe d'intégration: « *a community as a whole involves not merely a variety of associative ties which hold persons together in diverse ways, but an organization of all elements by an integrated principle. And this is precisely what we are in search of. Why should there be anything of the nature of an all-inclusive and regulative unity?* » (*THE PUBLIC AND ITS PROBLEMS. An Essay in Political Inquiry*, 1946, in *JOHN DEWEY. The Later Works*, vol. 2, Southern Illinois University Press, Carbondale and Edwardsville, 1984, 278, 259-260). Comp. C. LEFORT qui caractérise ainsi le devenir « démocratique » de « l'Etat de droit » et conçoit les droits comme « rapports » (*Droits de l'homme et politique*, in *L'INVENTION DEMOCRATIQUE. Les limites de la domination totalitaire*, Fayard, Paris, 1991, 45-83).

³³⁶⁶ B. LATOUR, *op. cit.*, 269.

être réglées de la même manière dans toutes les branches étudiées. Quelques règles générales peuvent néanmoins être tirées.

A. Un nouveau partage des fonctions

1137. La procédure ainsi définie doit rester ouverte à toutes sortes de compétences, qu'elles soient économiques, sociales, politiques ou éthiques. Il est sûr que cette ouverture n'a pas le même sens dans les procédures économiques et dans les procédures de la régulation sociale. Mais la conception exposée ici consiste bien d'abord à ouvrir les procédures économiques à la participation des tiers économiques *et* sociaux concernés. L'administration ne doit pas fonder son action sur l'idée d'une économie instrumentale et exclusivement marchande: là où une conception instrumentale désigne « un acteur rationnel et intentionnel sachant ce qu'il veut et capable de choisir lucidement parmi un ensemble d'options possibles celle qui lui permettra de maximiser son utilité présente et à venir », cette conception saisit une action dont la conduite n'est pas uniquement dirigée par le calcul, mais par un processus de socialisation³³⁶⁷. Cette dernière conception peut se réclamer de Karl Polanyi³³⁶⁸. Nous avons montré qu'elle trouve dans les réglementations communautaires un certain fondement et dans la procédure un moyen d'application privilégié³³⁶⁹. Dans une certaine mesure, la procédure est capable de « socialiser l'économie » en permettant aux groupements sociaux directement intéressés d'intervenir dans les contrôles et la définition des politiques.

1138. En matière de régulation sociale, les compétences doivent être reconnues et bien distinguées. En premier lieu, le principe d'une distinction entre comité politique et groupe d'experts peut être déduit de la jurisprudence *Angelopharm*³³⁷⁰. Chacun des deux groupes, conservant une place prépondérante, apporte une contribution spécifique au sein du processus de décision. Il n'est plus permis de les confondre. Les représentants politiques nationaux sont reconnus pour leur « sens du risque »³³⁷¹. Les experts construisent les instruments d'analyse.

1139. En second lieu, autant que les experts scientifiques, les groupes économiques et sociaux sont fondés à participer à cette procédure. Il faudrait que les groupes d'intérêt pussent participer aux travaux des « comités d'experts » et aux « comités politiques » de la régulation sociale. Les comités politiques ne doivent plus être considérés comme des « boutiques fermées » (« *closed shops* »)³³⁷². Les groupes ne devraient plus être confinés dans des comités consultatifs sans

³³⁶⁷ Sur le critique de la figure réductrice de l'*homo œconomicus*, N. POSTEL, *L'économie des conventions. Une approche instrumentale de la rationalité individuelle?*, Revue économique, 1998, 1473-1494. Sur la critique de la rationalité instrumentale, B. WALLISER, *Rationalité instrumentale et rationalité cognitive*, Cahiers du C.R.E.A., n° 11, 1988, 189-229.

³³⁶⁸ Cf. K. POLANYI, *LA GRANDE TRANSFORMATION. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. de l'anglais par C. Malamoud, Gallimard, Paris, 1983.

³³⁶⁹ Cf. *supra*, §§ 635 et ss.

³³⁷⁰ CJCE, 25 janvier 1994, *Angelopharm*, C-212/91, I-171.

³³⁷¹ Voy. B. LATOUR qui parle d'un « certain sens du danger » (*op. cit.*, 198).

³³⁷² J. FALKE & G. WINTER, *Management and regulatory committees in executive law-making*, in *SOURCES AND CATEGORIES OF EUROPEAN UNION LAW. A Comparative and Reform Perspective*, G. Winter (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1996, 571.

pouvoir ou rejetés dans le lobbying. Selon le Comité économique et social, par exemple, « il convient de se demander dans quelle mesure l'échange d'information nécessaire à cet égard entre les représentants des Etats membres, des producteurs, de l'industrie, du commerce, des travailleurs et des consommateurs doit être institutionnalisé. Il convient d'envisager la participation des différents groupes concernés au sein du comité permanent de l'alimentation humaine »³³⁷³. Rien n'empêche d'étendre ce principe à l'ensemble des comités de la régulation sociale.

1140. Au total, l'autonomie des compétences doit être aménagée, mais organisée de telle sorte qu'une collaboration et une confrontation soient possibles. Complémentarité de l'autonomie et de la coopération conforme au *principe d'équilibre institutionnel* consacré par la Cour de justice dans les relations interinstitutionnelles et qu'il faudrait transposer dans la sphère administrative. Tout en garantissant l'autonomie, il est requis d'organiser une procédure *contradictoire*³³⁷⁴. On a proposé ainsi la création de « *forums hybrides* » composés d'un ensemble variable, selon les problèmes rencontrés, de groupes d'intérêt hétérogènes³³⁷⁵. Ces forums devraient en tout état de cause être préférés au dispositif autarcique actuel de la comitologie³³⁷⁶. Ainsi pourrait se constituer « un espace public de l'expertise », conforme en outre aux exigences du principe d'impartialité³³⁷⁷.

B. Un nouvel équilibre des institutions

1141. Il convient également sur cette base de clarifier la séparation et la coordination des « fonctions législatives, de contrôle officiel et autres »³³⁷⁸. Toutes les difficultés soulevées dans cette étude tournent autour d'une nouvelle définition du rôle de la Commission. Abandonnant une grande part de la gestion politique et technique aux personnes intéressées et la définition des exigences et des choix essentiels au législateur, il lui revient avant tout d'assumer une « responsabilité procédurale ». En ce sens, elle a le devoir d'assurer le respect des garanties de procédure. La responsabilité n'est pas seulement considérée du point de vue de la science de l'organisation comme « la fonction de simulation et de prévision dans un processus

³³⁷³ Comité économique et social. *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, I. 3.5.1.

³³⁷⁴ « *What is abnormal is when the conflict is resolved within, rather than between, centres of power* » (G.R. CHAMBERS, *The BSE Crisis and the European Parliament*, in in *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, C. Joerges & E. Vos (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1999, 102).

³³⁷⁵ Cf. M. CALLON & A. RIP, *Humains, non-humains: morale d'une coexistence*, in *LA TERRE OCTROYEE. Les experts sont formels!*, J. Theys & B. Kalaora (dir.), Ed. Autrement, Paris, 1992, 140-156.

³³⁷⁶ En matière de régulation sociale, ces forums pourraient regrouper non seulement des industriels, mais aussi ceux des consommateurs, défenseurs de l'environnement et autres groupes d'intérêt, auxquels s'ajouteraient des représentants des différentes institutions communautaires et bien entendu des scientifiques indépendants. En ce sens, P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *THE FUTURE OF SCIENTIFIC ADVICE IN THE EU*, décembre 1999, Site internet de la DG XXIV, 15, 53, 64.

³³⁷⁷ Cf. P. ROQUEPLO, *op. cit.*, 55.

³³⁷⁸ Voir la question telle qu'elle est abordée (mais non réglée) par la Communication de la Commission, *Santé des consommateurs et sûreté alimentaire*, COM(97) 183 final, 17-18.

complexe »³³⁷⁹, « la compréhension et l'établissement de relations entre l'organisation et son réseau de partenaires »³³⁸⁰. Elle est considérée ici du point de vue juridique comme la garante du déroulement correct de la procédure et du respect des règles procédurales essentielles³³⁸¹. Il en découle une règle d'imputation en cas de violation de ces règles, à quelque niveau que la violation ait lieu³³⁸². Ainsi s'achemine-t-on vers une véritable « fédéralisation de la procédure »³³⁸³. Que l'administration soit garante de l'autonomie des personnes engagées dans la procédure ne signifie pas que la Commission perde la responsabilité de la décision. Ce qui importe n'est pas de partager la décision, mais de développer et de protéger l'argumentation qui la précède.

1142. Dans ce sens, le législateur est chargé de déterminer les « exigences essentielles » sur la base desquelles la procédure normative devra être engagée. Il faudrait donc abandonner la distinction entre « questions politiques » et « questions techniques », sources de tant de confusions et de conflits³³⁸⁴. Prenant pour modèle le droit de la normalisation³³⁸⁵, le législateur, et d'abord le Parlement, définit les exigences essentielles, « le système de valeurs » et les fins à

³³⁷⁹ D. BOURCIER & G. KOUBL, *Responsabilisation des décideurs et systèmes d'information*, AJDA, 1999, 7 (3-11).

³³⁸⁰ L. METCALFE, *Etablissement de liens entre les différents niveaux de gouvernance: intégration européenne et mondialisation*, RISA, 2000, 164.

³³⁸¹ Notons que le « principe du responsable de la procédure » a été prévue par la loi du 7 août 1990 fixant en Italie les principes de la procédure administrative (S. CASSESE, *Les droits des administrés en Italie à la suite de la loi du 7 août 1990*, EDCE, 1991, n° 43, 251-255). En ce sens, dans le langage de Habermas, l'Etat « n'est plus que le principal point d'aboutissement des cycles communicationnels et le garant de leur existence » (S. HABER, *HABERMAS ET LA SOCIOLOGIE*, PUF, Paris, 1998, 121).

³³⁸² Il nous faut citer, là encore, les conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire *Commission/Lisrestal* (C-32/95 P), car elles résument très bien la question: « Une chose est la séparation entre les différents niveaux institutionnels intervenant dans la procédure, et l'établissement de relations financières qui s'ensuit, et une autre chose est la protection de l'entreprise. Le système de fonctionnement ne compromet pas la protection de l'entreprise, parce que, en définitive, il est destiné à constituer également pour les opérateurs économiques des avantages qui représentent des intérêts garantis par le droit communautaire... Nous ne voyons pas comment on pourrait nier que ce droit à agir inclut, à son tour, l'intérêt essentiel de l'entreprise bénéficiaire à un déroulement correct de la procédure administrative de décision relative au résultat ou au montant du concours qui lui est accordé » ([1996] I-5380). En note, il ajoute: « Un élément ayant trait à l'organisation pourrait également entrer en ligne de compte. L'Etat membre a, certes, un rôle d'intermédiaire entre la Commission et les entreprises et est, ainsi que la Cour l'a affirmé, l'unique interlocuteur de la Commission. Ceci répond, à l'évidence, à un souci d'efficacité et aux principes de bonne gestion qui doivent nécessairement inspirer l'activité administrative. Mais il n'en demeure pas moins que, du point de vue de la science de l'organisation, l'administration nationale doit s'analyser comme remplissant la fonction de « mandataire » de l'administration communautaire. Il nous paraît légitime d'inférer d'une telle organisation que d'éventuelles omissions commises par l'Etat en sa qualité d'intermédiaire doivent pouvoir être imputées à la Commission » (I-5380, note 20).

³³⁸³ Cf. TPICE, 9 novembre 1995, *France-Aviation/Commission*, T-346/94, II-2841. Voir *supra*, § 295.

³³⁸⁴ « En qui concerne l'adaptation de la législation communautaire à l'innovation et au progrès technique, le CES est d'avis que seules les prescriptions purement techniques doivent être traitées via des procédures de comité. Les questions fondamentales qui intéressent particulièrement le consommateur et revêtent une plus large importance doivent cependant continuer de faire l'objet d'une décision politique ». C'est pourquoi « il accorde une extrême importance à la modification fixant les modalités des compétences d'exécution de la Commission (...) il conviendrait de s'assurer que leur contenu et leur étendue soient fixés très exactement » (Comité économique et social, *Avis sur le « Livre vert de la Commission "Principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union européenne" »*, JOCE 1998, C 19/61, I. 3.3.1., II. 1.5.). Mais comment distinguer les questions techniques des questions politiques? On a vu dans l'étude des comités que cette distinction était souvent intenable.

³³⁸⁵ Cf. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche*, SEC(98) 291, Bruxelles, 1998.

poursuivre³³⁸⁶. Dès lors, le Parlement exerce un contrôle « procédural » sur la Commission et l'administration communautaire en général. Il ne s'agit pas de lui donner un « droit d'évocation »³³⁸⁷. En fait, le Parlement aurait pour tâche de s'informer du déroulement des procédures et d'intervenir, le cas échéant, pour rappeler les principes qui doivent être respectés dans la mise en œuvre des politiques européennes. Il devrait ainsi disposer d'un droit d'information très étendu³³⁸⁸. Il ne se substitue pas à l'exécutif; il doit se concentrer sur la définition et le contrôle du respect des exigences essentielles³³⁸⁹. Il n'est pas douteux que la consécration de garanties d'ouverture dans la procédure puisse faciliter un tel contrôle³³⁹⁰. La Cour demeure d'ailleurs garante d'un tel équilibre³³⁹¹.

1143. Si cette conception ne repose pas sur le modèle de la « législation déléguée », elle n'autorise pas non plus une évolution vers un contrôle juridictionnel agressif, sur le modèle américain³³⁹². Une telle conception condamne en effet « l'approche fonctionnelle » adoptée par le juge communautaire³³⁹³. L'engagement des parties dans la procédure administrative est engagement à l'égard d'un résultat encore inconnu; celui-ci ne doit donc pas servir de référence au contrôle de la procédure. La soumission aux formes procédurales est une *méthode* de reconnaissance mutuelle et de production d'arguments et d'informations, et non le souci d'un formalisme vide orienté vers la seule défense de positions figées. La procédure argumentative ne doit pas être réduite à son expression tardive, le résultat dans la décision. Les parties ont la charge commune de la coordination et de la recherche d'une solution dans la procédure. Il n'appartient pas au juge de déterminer si la solution atteinte est la plus opportune pour la Commission. Son contrôle devra plutôt déterminer si la procédure a permis d'utiliser les compétences des parties, de soulever des alternatives et une possibilité de choix³³⁹⁴. Une jurisprudence récente et encore isolée semble aller dans ce sens. Elle déclare que:

« Dans la mesure où la Commission a fait valoir que même une prise en considération des éléments complémentaires fournis par la requérante devant le Tribunal ne serait pas de nature à influencer sur la décision attaquée, il y a lieu de relever que cette argumentation, par laquelle la Commission semble vouloir nier la pertinence du vice de procédure constaté ci-dessus, ne saurait être retenue. En effet, le Tribunal ne saurait se

³³⁸⁶ Cf. J. RIVERO, *Conclusion générale du colloque*, in *LE DROIT AU CONTACT DE L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE*, CERCRID, Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 1989, 145-152. Cette distinction entre l'essentiel et l'accessoire remonte à la jurisprudence *Köster* (CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, Rec. 1161).

³³⁸⁷ *Contra*, en faveur d'un droit d'évocation du Parlement en matière de comitologie, J. FALKE & G. WINTER, *op. cit.*, 574.

³³⁸⁸ A cet égard, on a proposé que le Parlement ait un accès complet aux documents des comités, sans qu'on puisse lui opposer, à l'instar des particuliers, la protection du secret (K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *op. cit.*, 40). Sur la nécessité d'intégrer le Parlement européen dans les travaux des comités scientifiques, P. JAMES, F. KEMPER & G. PASCAL (Rapport commandé par la Commission européenne), *op. cit.*, 16.

³³⁸⁹ En ce sens, K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *op. cit.*, 38.

³³⁹⁰ Les auteurs américains ont bien mis en évidence l'intérêt pour le contrôle du Congrès sur l'Administration fédérale d'une procédure ouverte et contradictoire.

³³⁹¹ Voy. par ex. CJCE, 18 juin 1996, *Parlement/Conseil*, C-303/94, I-2943.

³³⁹² Cf. F. BIGNAMI, *Accountability and Interest Group Participation in Comitology. Lessons from American Rulemaking*, EUI, WP RSC, 99/3, Florence, 1999.

³³⁹³ Cf. *supra*, §§ 658 et ss.

³³⁹⁴ Comp. M. DORF & C. SABEL, *op. cit.*, 395-398.

substituer à l'autorité administrative compétente ni anticiper sur le résultat auquel celle-ci parviendra au terme d'une nouvelle procédure administrative, à la lumière d'un dossier complété par les autorités françaises et par la requérante. »³³⁹⁵

Par là, le juge montre que la procédure est une construction dialectique qui ne peut être écartée ou compensée. Il justifie ainsi la violation du « principe du contradictoire »³³⁹⁶. Le même genre de raisonnement prévaut dans toutes les affaires touchant aux procédures individuelles de la régulation sociale³³⁹⁷. On conçoit qu'il aura plus de mal à s'imposer en matière économique, alors qu'une violation du régime de concurrence est en jeu et que l'exigence minimum d'être entendu est bien respectée³³⁹⁸. Il n'en constitue pas moins un modèle pour l'ensemble des procédures de la régulation économique et sociale.

SECTION III. LA JUSTICE DANS LA PROCEDURE

1144. L'idée d'une nouvelle dynamique de la procédure et celle d'un nouvel équilibre des fonctions et des institutions sont indissociables. Dans la construction des procédures s'affirme le projet d'une recomposition politique dans le cadre de la régulation économique et sociale communautaire. Par la procédure, il s'agit de dégager les stratégies d'intervention et d'élaboration des normes les mieux adaptées et les plus efficaces. L'institution administrative assure ainsi une intégration « juste » (c'est-à-dire « ajustée ») des acteurs dans des stratégies concrètes d'action.

1145. Mais, justement, dans cette affirmation du concret et de l'efficacité, ne méconnaît-on pas que le droit peut aussi être un élément de justice qui perce les stratégies du concret et oblige à délaisser le terrain du savoir, de la recherche de problèmes et de solutions? Dans l'organisation institutionnelle préconisée, la reconnaissance est visée. Mais il y a toujours le risque que « la nécessité de maintenir une certaine efficacité dans la coordination [prenne] le pas sur le souci de justice des acteurs »³³⁹⁹. Dans l'argumentation, le consensus est visé. Mais il y a toujours le risque

³³⁹⁵ TPICE, 9 novembre 1995, *France-Aviation/Commission*, T-346/94, pts 39 et 40, II-2859-2860.

³³⁹⁶ Dans cette perspective, il est logique que le Tribunal refuse de faire droit à la demande de la requérante d'obtenir une décision juridictionnelle exécutoire quant au droit au remboursement car « la procédure doit, en l'espèce, être rouverte par la Commission » (Ibid., pt 42, II-2861).

³³⁹⁷ Voir, ainsi, CJCE, 7 mai 1991, *Interhotel/Commission*, C-291/89, pt 17, I-2280; CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira/Commission*, C-304/89, pt 21, I-2313; CJCE, 4 juin 1992, *Infortec/Commission*, C-157/90, pt 20, I-3554; CJCE, 25 mai 1993, *Foyer culturel du Sart-Tilman/Commission*, C-199/91, pt 34, I-2696-2697; CJCE, 29 juin 1994, *Fiskano/Commission*, C-135/92, pt 44, I-2910 et les conclusions non conformes, sur ce point, de l'avocat général Darmon rappelant la règle d'une jurisprudence constante, §§ 67 à 71, I-2896-2897; TPICE, 7 mars 1995, *Socurte e.a./Commission*, aff. jtes T-432/93, T-433 et T-434/93, pt 65, II-526.

³³⁹⁸ Dans les procédures économiques, nous avons vu que les vices procéduraux les plus fréquents et les moins acceptables portent sur le droit d'être informé. Il faut noter que, dans les cas relatifs au Fonds social européen, les formalités avaient été complètement omises (D. RITLÉNG, *LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES COMMUNAUTAIRES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998, 113).

³³⁹⁹ N. POSTEL, *L'économie des conventions. Une approche instrumentale de la rationalité individuelle?*, Revue économique, 1998, 1473-1494.

d'un « consensus exclusif »³⁴⁰⁰, c'est-à-dire d'exclure « la possibilité que des sujets excédentaires par rapport au dénombrement d'une population, de ses problèmes et des partenaires de sa solution puissent s'instituer pour rouvrir la question de la différence de la communauté à elle-même, la question du monde commun »³⁴⁰¹. Une nouvelle voie s'ouvre là. Elle ne s'en tient pas à la *justesse* des procédures, elle cherche la *justice* dans la procédure. Elle a un souci pratique: réintégrer dans la procédure les sujets extérieurs et isolés³⁴⁰². Il est évident qu'une procédure exclut toujours, et par principe. Comment procéder sans exclure? A quelles conditions peut-on parler d'une procédure juste? Existe-t-il un temps et un espace propres à la procédure juridique?

1146. A cette limite, il faudrait concevoir la procédure juridique d'une manière paradoxale comme un *dialogue interrompu*. C'est là la condition pour admettre l'exclu, au-delà de la distribution du savoir et des compétences. Condition extrêmement difficile à formaliser, mais que tout formalisme doit admettre et reconnaître. Il s'agit d'une conception impraticable mais qui peut du moins être affirmée comme un idéal, à titre de correctif des conceptions exposées jusqu'ici. Loin de désigner l'utopie d'une "intersubjectivité" accomplie et parfaite, une reconstruction juridique entend aussi restaurer la possibilité de « mises en arrêt » du cours de l'action et, par là même, d'une « mise en commun ». Fidèle à la théorie de la connaissance, cette reconstruction suppose une nouvelle distribution de l'espace et du temps. Elle radicalise les deux exigences fondamentales qui se trouvent dans toute procédure.

1147. La procédure juridique suppose la « lenteur »³⁴⁰³. Tout l'intérêt de la procédure consiste à « ralentir le rythme des connexions » du réseau, à « ralentir, différer, retarder, espacer » l'action administrative pour permettre aux intéressés de s'exprimer³⁴⁰⁴. C'est le sens de la formule d'inspiration cartésienne: « le jugement est un doute qui décide; le procès, l'institution d'une mise en doute avec une décision au bout »³⁴⁰⁵. Or, de ce point de vue, il faut essayer de se tenir dans « la rupture du doute »³⁴⁰⁶. Dans cette *interruption* qui précède l'*arrêt* de la décision, naît la possibilité de la justice, de la comparution³⁴⁰⁷ et de la mise en commun³⁴⁰⁸. Cette modalité

³⁴⁰⁰ J. RANCIERE, *La mésentente*, in *LA MODERNITE EN QUESTIONS. De Richard Rorty à Jürgen Habermas*, F. Gaillard, J. Poulain & R. Shusterman (dir.), Ed. du Cerf, Paris, 1998, 183-184. En effet, les parties visent encore au même succès illocutoire. Pour ainsi dire, « ils regardent dans la même direction » (J.-M. FERRY, *L'ETHIQUE RECONSTRUCTIVE*, Cerf, Paris, 1996, 59).

³⁴⁰¹ Ibid., 183.

³⁴⁰² B. Latour étend cette exigence de réintégration aux « entités » du monde commun, sujets et objets compris, humains et non-humains (*op. cit.*, 212, 274). Cependant, il ne donne pas de fondement à cette exigence, s'en tenant à une définition du collectif comme « un pacte d'apprentissage » (273).

³⁴⁰³ C'est d'ailleurs ce qui lui est depuis longtemps reprochée: Benjamin CONSTANT combat la tendance à « l'abréviation des formes de justice » qui conteste les « lenteurs » des garanties judiciaires (*PRINCIPES DE POLITIQUE APPLICABLES A TOUS LES GOUVERNEMENTS*, Texte établi par E. Hoffmann, t. II, Librairie Droz, Genève, 1980, Livre IX, Chap. 2, 184-187).

³⁴⁰⁴ L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *op. cit.*, 570-572.

³⁴⁰⁵ J. CARBONNIER, *SOCIOLOGIE JURIDIQUE*, PUF, Paris, 1978, 194.

³⁴⁰⁶ J. DERRIDA décrit ce mouvement d'un « arrêt suspensif [qui] suspend l'arrêt décisif » (*PARAGES*, Ed. Galilée, Paris, 1986, 159). Voy. également les analyses de Derrida sur la méthode de Descartes dans sa critique de Foucault (*Cogito et histoire de la folie*, in *L'ECRIURE ET LA DIFFERENCE*, Seuil, Paris, 1967). On interpréterait donc mal la conception de Derrida sur le droit en la résumant à un simple « décisionnisme », proche de celui de C. Schmitt; il s'agit bien plutôt d'une « indécision fondamentale », pour cela ambiguë, mais fondant une responsabilité et un pardon infinis (*FORCE DE LOI*, Galilée, Paris, 1994).

³⁴⁰⁷ Voir J.-L. NANCY & J.-C. BAILLY, *LA COMPARUTION*, Christian Bourgois Editeur, Breteuil-sur-Iton, 1991.

procédurale est à l'opposé du temps long requis par le processus démocratique et la régulation du risque³⁴⁰⁹. Il faut s'efforcer de combiner ces différentes temporalités.

1148. La procédure juridique suppose « l'extériorité ». Elle consiste à ouvrir l'action au dialogue et à l'écoute de l'autre partie (« *Odi l'atra parte* »). Mais, traditionnellement conçue suivant les règles du « Discours de la méthode », la procédure est un moyen de parvenir à l'évidence rationnelle. Dès lors, le dialogue *extérieur* est sans doute souhaitable pour accomplir la fonction symbolique et sociale du procès³⁴¹⁰; mais il ne sert au fond qu'à reproduire le dialogue *intérieur* du juge capable d'intégrer tous les intérêts et les données de la situation en cause³⁴¹¹. Or, de ce point de vue, la procédure ne se décrit plus seulement comme une intégration de données et de personnes dans un dispositif de délibération rationnelle; elle s'ouvre radicalement à l'autre singulier (*partes extra partes*)³⁴¹². Il ne suffit plus de dire que les droits sont des « relations » ou des « relais »: ce sont aussi des « portes » vers l'extérieur³⁴¹³.

1149. Une telle conception ne peut être approchée qu'avec le concours de la *sollicitude* des personnes concernées³⁴¹⁴. Mais la sollicitude se superpose ici à l'exigence de justice, elle ne la précède pas, sans quoi elle se confond avec la simple « bonne foi ». Dans une telle conception, la procédure devient essentiellement *politique*: elle « traite de la communauté et de la réciprocité d'être *différents* »³⁴¹⁵. Cette conception n'a pas vocation à s'imposer. Elle peut être envisagée comme une limite et un horizon de l'action.

³⁴⁰⁸ « Il faut la justice, c'est-à-dire la comparaison, la coexistence, la contemporanéité, le rassemblement, l'ordre, la thématization, la *visibilité* des visages et, par là, l'intentionnalité et l'intellect et en l'intentionnalité et l'intellect, l'intelligibilité du système et, par là, aussi une coprésence sur un pied d'égalité comme devant une cour de justice » (E. LEVINAS, *AUTREMENT QU'ÊTRE OU AU-DELA DE L'ESSENCE*, Kluwer, Nijhoff, 1974, Le livre de poche, Paris, 1990, 245; et voir les commentaires de P. RICŒUR, *AUTREMENT. Lecture d'Emmanuel Lévinas*, PUF, Paris, 1997).

³⁴⁰⁹ Cf. G. MAJONE, *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*, EUI, WP RSC, 96/57, Florence, 1997.

³⁴¹⁰ Cf. F. ZENATI, *Le procès, lieu du social*, APD, 1995, t. 39, 239 et ss.

³⁴¹¹ Classiquement, l'argumentation juridique se fonde sur le modèle de la dialectique. « Le juge est, plus qu'un maître du droit, le maître de la dialectique » (M.-A. FRISON-ROCHE, *GENERALITES SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE (Droit processuel)*, Thèse Droit, Paris II, 1988, 257). Or, « la dialectique n'est pas un dialogue avec autrui ou, du moins, reste "dialogue de l'âme avec elle-même procédant par questions et réponses" (...) Il tiendrait dans une seule conscience, dans un *cogito* qui reste la Raison. Raison universelle et intériorité égologique » (E. LEVINAS, *ENTRE NOUS. Essais sur le penser-à-l'autre*, Grasset, 1991, Le Livre de poche, Paris, 1998, 168). Ainsi s'explique la possibilité exceptionnelle, prévue par le droit judiciaire, de rendre une décision "contradictoire" en l'absence des parties (M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, 259, 257).

³⁴¹² Voy., sur la notion de communauté comme « communauté des autrui », J.-L. NANCY, *LA COMMUNAUTE DESŒUVREE*, Christian Bourgois Editeur, 1999; du même auteur, *ÊTRE SINGULIER PLURIEL*, Ed. Galilée, Paris, 1996.

³⁴¹³ Cela supposerait l'élaboration d'une nouvelle définition des droits subjectifs, dont les résultats sont très incertains. Au lieu de les définir uniquement par rapport au *destinataire*, il faudrait prendre en compte le *tiers* (voy. déjà les analyses philosophiques de C. MORALI sur la notion de sujet, *QUI EST MOI AUJOURD'HUI?*, Fayard, Paris, 1984).

³⁴¹⁴ Voir les analyses de P. RICŒUR sur la notion de *sollicitude*, qui la définit comme « une spontanéité bienveillante, intimement liée à l'estime de soi » (*SOI-MEME COMME UN AUTRE*, Seuil, Paris, 1990, 222).

³⁴¹⁵ H. ARENDT, *op. cit.*, 31.

1150. Conclusion. Le résultat de ces analyses est que l'ordre politique ne se conçoit plus à partir de l'institution du gouvernement. D'une manière classique, c'est la « *forme du gouvernement* » qui conditionne l'élaboration du droit par le « *bon législateur* » et l'application du droit par le « *bon juge* »³⁴¹⁶. Au contraire, dans les ordres économiques et sociaux qui se mettent en place, la dimension politique réside dans la formalisation d'une nouvelle mise en commun, où les moyens du droit sont à redécouvrir. Il faut donc intervertir les termes de la formule classique. Car, de ce point de vue, c'est la « *forme du droit* » qui fournit les outils pour construire le « *bon gouvernement* ».

Le travail de formalisation juridique est certainement un travail d'abstraction³⁴¹⁷. L'abstraction procédurale ressemble beaucoup à l'effort que décrit G. de Gré lorsqu'il s'agit d'éviter les « effets de position »³⁴¹⁸. Comme on fait le tour de la pyramide, il faut interrompre le cours de l'action et aller chercher le point de vue de l'autre. Mais ce serait une illusion que de supposer que naissant des rapports économiques et sociaux, la procédure puisse se maintenir en dehors, dans le règne de la pure justice.

³⁴¹⁶ Sur ce point, les travaux de François OST ont contribué à l'analyse des implicites et les mythes fondateurs des théories classiques du côté du droit (voy. par ex. F. OST, *L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur*, in *L'INTERPRETATION EN DROIT. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978, 97-184; F. OST & J. LENOBLE, *Rationalité juridique et mythes fondateurs*, ARSP, 1980, 519-535; F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique?*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1985, 227-251.

³⁴¹⁷ « Les catégories juridiques, à commencer par celle de sujet de droit, opèrent vis-à-vis des faits sociaux une abstraction du même type que les catégories mathématiques vis-à-vis des faits de la nature » (A. SUPLOT, *CRITIQUE DU DROIT DU TRAVAIL*, PUF, Paris, 1994, 221). C'est sans doute ce qu'on peut considérer comme l'invention fondamentale du droit romain: le droit n'atteint le concret et l'utile qu'à travers le formel et l'abstrait. Dans cette tension se trouve une grande partie de la dynamique du droit des sociétés occidentales analysée par Max WEBER (voy. J. FREUND, *La rationalisation du droit selon Max Weber*, APD, t. 23, 1978, 69-92).

³⁴¹⁸ « Il imagine que quatre personnes sont assises autour d'une pyramide dont les faces sont toutes d'une couleur différente, et que chacune d'elles ne peut voir que la face devant laquelle elle se trouve. Si l'on demandait à ces sujets quelle est la couleur de la pyramide, ils auraient tendance, nous dit de Gré, à indiquer la couleur qu'ils ont sous les yeux » (R. BOUDON, *LE JUSTE ET LE VRAI. Etudes sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, Paris, 1995, 102-103 et ss.). Pour donner la bonne réponse, il faudrait faire le tour de la pyramide, effort peu naturel et coûteux.

CONCLUSION GENERALE

1151. Une conclusion générale découle de cette étude: c'est que les procédures se présentent comme un terrain privilégié d'observation des transformations du système d'Administration communautaire. Le développement du formalisme procédural au sein de la régulation économique doit beaucoup à la juridiction communautaire. Certes, des garanties étaient prévues dans les textes dès 1962. Et, dès l'origine, elles étaient présentées comme une expression des exigences de l'Etat de droit. Mais leur étendue restait limitée. L'étude de la jurisprudence témoigne d'un souci constant de protection des parties et des tiers intéressés dans la procédure.

1152. Nous avons montré que cette protection pouvait s'élargir aux procédures de la régulation sociale bien qu'elle fût élaborée pour les procédures répressives de la régulation économique. Ce passage pouvait sembler peu évident. Tandis que la régulation économique repose sur un modèle « quasi-juridictionnel », la régulation sociale privilégie l'action en « réseau ». Toutes deux pourtant ont la volonté d'ouvrir le processus de décision. En examinant de près les procédures dans tous ces domaines, nous nous sommes aperçus qu'elles présentaient en plus quelque chose de commun: c'est une tension, qui peut prendre des formes variées, entre deux exigences. L'une comporte la recherche continue d'un résultat et de l'information. L'autre comporte la discontinuité de la reconnaissance et de l'argumentation. L'une privilégie la sécurité dans l'enquête; l'autre s'attache au risque du contradictoire. Nous avons suivi cette tension dans toutes les procédures à travers l'expression simple et générale qu'elle revêt par exemple dans la jurisprudence *Technische Universität München*. Que ces deux conceptions s'imposent tour à tour et simultanément, on le conçoit bien finalement. Mais on comprend aussi que privilégier la première voie, c'est sacrifier un certain standard de justice dans la procédure.

1153. Cette analyse devrait être atténuée et complétée tout à la fois. Les limites d'une légitimation par la procédure sont évidentes. Elles sont bien résumées dans ce passage de la *Théorie de la justice* de Rawls: « nous pouvons dire qu'un système légal est, toutes choses égales par ailleurs plus justement appliqué qu'un autre, s'il réalise plus parfaitement les préceptes de l'Etat de droit. Il fournira une base plus sûre pour la liberté et des moyens plus efficaces pour organiser la coopération. Cependant, comme ces préceptes ne garantissent que l'application impartiale et régulière des règles, quelles qu'elles soient, ils sont compatibles avec l'injustice. Ils imposent des contraintes plutôt faibles à la structure de base, mais qui ne sont en aucun cas négligeables »³⁴¹⁹. On ne doit pas éluder les inégalités et les contraintes sociales liées à l'application de ces garanties³⁴²⁰. On peut toujours compter sur le fait que les garanties

³⁴¹⁹ J. RAWLS, *THEORIE DE LA JUSTICE*, trad. de l'anglais par C. Audard, Seuil, Paris, 1987, 273. Nous modifions sur un point la traduction de C. Audard qui ramène la « rule of law » à « l'autorité de la loi » plutôt qu'à « l'Etat de droit ».

³⁴²⁰ En ce sens, O. RENN, T. WEBLER & P. WIDEMANN, *The Pursuit of Fair and Competent Citizen Participation*, in *FAIRNESS AND COMPETENCE IN CITIZEN PARTICIPATION. Evaluation Models for Environmental Discourse*, O. Renn, T. Webler & P. Wiedemann (eds.), Kluwer, Dordrecht, 1995, 347.

procédurales deviennent à leur tour partie intégrante d'un nouvel équilibre institutionnel et d'un nouveau contexte social. Mais la « justice procédurale » et la lutte pour les « formes » ne sauraient se substituer à « la justice distributive » et à une lutte pour des « statuts »³⁴²¹.

1154. La formation de l'ordre administratif communautaire n'est qu'un des plus visibles témoignages des changements qui ont lieu dans l'ordre institutionnel des sociétés complexes. Déjà, on peut voir qu'ils engagent bien plus qu'on n'en peut déchiffrer à la seule étude des procédures administratives. Mais, en faisant de celles-ci le point de départ de la recherche, apparaissent toute une série de difficultés concrètes que les théories générales de la démocratie se donnent pour tâche de résoudre, mais sans les garder sous les yeux. La procédure fournit une méthode d'analyse autant qu'un objet d'étude.

1155. Selon cette perspective, le droit communautaire joue un rôle d'« accélérateur » de transformations qui ont lieu ailleurs³⁴²². L'étude s'ouvre ainsi dans plusieurs directions nouvelles, qui n'excluent ni l'ordre public ni l'ordre privé, ni le droit national ni le droit international. A travers tous ces champs, il faut essayer de mieux cerner les transformations qui affectent la technique juridique³⁴²³. Mais comme le philosophe d'après G. Deleuze, le juriste de l'avenir est en même temps « l'explorateur des vieux mondes, cimes et cavernes, et ne crée qu'à force de se souvenir de quelque chose qui fut essentiellement oublié »³⁴²⁴. En considérant ces nouvelles expériences juridiques, il serait peut-être opportun de redécouvrir la dignité éthique et politique du formalisme procédural, que l'on a parfois encore tendance aujourd'hui à regarder avec le même mépris secret que Jeremy Bentham portait au « système technique » et aux « règles inutiles ».

³⁴²¹ L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *op. cit.*, 573; voy. Communication de la Commission, *Construire une Europe de l'inclusion*, COM(2000) 79 final.

³⁴²² J.J. SUEUR, *L'ambiguïté du droit économique (à propos de deux ouvrages récents)*, RIDE, 1998, 335-349. En ce sens, l'auteur estime que le droit communautaire peut permettre « une réévaluation des cadres juridiques fondamentaux de l'action économique ».

³⁴²³ J. CHEVALLIER, *Vers un droit postmoderne?*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 21-46.

³⁴²⁴ G. DELEUZE, *NIETZSCHE ET LA PHILOSOPHIE*, PUF, Paris, 1965.

AEAP	Annuaire européen d'administration publique
AJDA	L'actualité juridique — Droit administratif
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIC	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
APD	Archives de philosophie du droit
CDE	Cahiers de droit européen
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne (CE depuis le 1er novembre 1993)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMLR	Common Market Law Review
CLR	Columbia Law Review
Dalloz	Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation
DCSI	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
DPCI	Droit et pratique du commerce international
ECLR	European Competition Law Review
EELR	European Environmental Law Review
EDCE	Etudes & Documents — Conseil d'Etat
EIoP	European Integration online Papers (http://wu-wien.ac.at/eiop/texte)
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EUI	European University Institute - Institut Universitaire Européen
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HLR	Harvard Law Review
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique; Ed. E.: Edition entreprise)
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes (série L; série C)
JCMS	Journal of Common Market Studies
JEPP	Journal of European Public Policy
JTDE	Journal des tribunaux — Droit européen
JDI	Journal du droit international
LIEI	Legal issues of European integration
MLR	The Modern Law Review
NYULR	New York University Law Review
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Petites affiches	Les Petites Affiches
PL	Public Law
RAE	Revue des Affaires Européennes
RCC	Revue de la Concurrence et de la Consommation
RDE	Revue du Droit de l'Union européenne (ex-RMUE, à partir du 1er janvier 2000)
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance
REDP	Revue Européenne de Droit Public
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFSP	Revue française de science politique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue Internationale de Droit économique
RIDPC	Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
RIEJ	Revue interdisciplinaire des études juridiques
RISA	Revue Internationale des Sciences Administratives

RMC	Revue du Marché Commun (Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, à partir de janvier 1991)
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
RRJ	Revue de la recherche juridique — Droit prospectif
RSCDPC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
UE	Union européenne
YEL	Yearbook of European Law

INDEX

(Les chiffres renvoient aux paragraphes)

Accès à l'information, transparence: 125; 849; 853 et ss.; 858; 874; 938; 944; 977; 983-984; 1041; 1072; 1088; 1143

Accès au dossier: 68; 125; 256-257; 359 et ss.; 539, 541, 550, 623; 650; 662 et ss.

Agences: 172; 701; 751; 756; 770-779; 842-849; 850; 855; 865 et ss.; 933; 1088

Aides (Droit du contrôle des aides publiques): 76-85; 102; 107; 131; 241; 33è; 351; 373; 455-469; 523; 530; 552-563; 586-603; 643-661

Anticartel (Droit du contrôle des pratiques anticoncurrentielles): 32-65; 104; 152 et ss.; 309 et ss.; 338 et ss.; 449 et ss.; 474 et ss.; 535-543; 579-583

Antidumping: 90-96; 105; 107; 118; 131; 138; 216; 225; 241; 243; 259; 337; 351; 373; 391; 443-445; 566-571; 589; 610-623; 626; 639; 675

Assistance juridique: 323; 492; 505-507

Audition, droit d'être entendu: 58; 63; 113; 121; 137; 194 et ss.; 361; 445; 465; 474; 537, 539; 547-548; 558; 568; 653; 660; 687; 802; 914; 921 et ss.; 934; 1101; 1119; 1124; 1134

Concentrations (Droit du contrôle des opérations de concentrations): 70-75; 101; 107; 170; 332; 337; 351; 372; 520 et ss.; 545-551; 604-609; 640; 661

Comités, comitologie: 101-105; 329; 331-332; 399; 765-767; 823; 1026-1086; 1138-1139

Communauté de droit, Etat de droit: 27; 40; 59; 62; 121b et ss.; 186-187; 197; 267; 285; 395; 410; 639; 687; 779; 819; 968; 972; 1107; 1151-1153

Conseiller-auditeur: 68; 75; 170 et ss.; 312; 316; 321; 323; 329; 389-390; 397; 399; 403; 920

Confidentialité, secret: 68; 233-234; 298 et ss.; 320-321; 354; 378-402; 489; 498; 524; 543; 549-550; 854-855; 1071

Délai, temps dans la procédure: 67; 74; 83; 95; 271-273; 314-316; 320; 423-424; 468; 527-531; 537; 555; 560; 895; 959; 1033; 1048; 1082 et ss.

Délégation: 64-65; 730; 758-784; 785; 810; 836; 910; 945; 1031; 1050; 1096

Droit au silence: 301-303; 319; 508-515

Enquête: 107 (note); 125; 157; 233; 236; 237; 291; 333; 340 et ss.; 473-516; 562; 567; 686; 856; 862; 1092 et ss.

Entreprises publiques (Droit du contrôle des entreprises publiques): 86-89; 241; 337; 544; 564-565

Environnement: 694; 699-700; 704; 711; 712; 716-718; 725; 732; 734; 748; 751-752; 756; 778; 786; 815; 836; 842 et ss.; 872; 919; 944; 961-964; 969 et ss.; 1055-1058

Exécution: 11-12; 65; 117-120; 131; 281; 301; 393; 758 et ss.; 781-785; 1026 et ss.

Expertise: 45 et ss.; 138; 791 et ss.; 810; 827-923; 1009; 1054; 1063 et ss.; 1087; 1122; 131; 1140

France-Aviation: 137; 294-296; 914; 1018; 1141; 1143

Garanties du procès équitable: 44; 152 et ss.; 265; 271, 274; 510, 513; 814; 922

Hoechst: 225-226; 236; 291-293; 304; 482-483; 499-503; 514

Intérêt communautaire: 43; 78; 133-134; 179; 229; 421; 536; 567

Inviolabilité du domicile: 236-237; 499-503

Juge et procédure administrative:

Méthodes d'interprétation: 207 et ss.; 231 et ss.; 264 et ss.

Garanties juridictionnelles: 574 et ss.; 969 et ss.

Sanction: 376-377; 429 et ss.; 654 et ss.

Contrôle juridictionnel: 148-151; 408-416; 642 et ss.; 774; 778; 825; 906 et ss.; 1080 et ss.; 1143

Lisrestal: 247-249; 425 (note); 1101; 1141 (note)

Marque communautaire: 732; 754; 922 (note); 929-931; 1048

Motivation: 125; 260; 287; 404 et ss.; 450; 466-468; 485; 543; 563; 668; 675; 760; 774; 783; 903; 912 et ss.; 930; 1008; 1032; 1049; 1110; 1119; 1123

Normalisation européenne: 709-711; 718; 732; 736; 750; 780-783; 836; 844; 848; 864; 869; 880; 911; 945; 955-960; 1017; 1052-1054; 1085; 1142

Orkem: 156; 238; 274; 301; 508-513

Participation: 121; 122 et ss.; 721; 730; 802; 810; 815; 924-1025

Pouvoir discrétionnaire de l'administration: 128-151; 166; 246, 251; 259; 412 et ss.; 439; 445; 465; 468; 508; 543; 549; 566; 601; 632-633; 758; 764; 774-775; 783; 799; 891-893; 900; 907; 991; 1009

Principe de bonne administration: 263; 365; 439 (note); 440; 455; 494; 525; 556; 562; 573; 677; 685 (note); 893; 1007-1009; 1019; 1023; 1081; 1101-1102

Principe du contradictoire: 96; 177; 185; 203; 237; 251; 295; 334; 383; 400; 436; 464-466; 474-480; 577; 666; 680; 688; 819; 883; 886; 913-914; 918 et ss.; 931; 986-987; 990; 1013 et ss.; 1081; 1085; 1093; 1098; 1121; 1135; 1143

Principe démocratique, démocratie: 120 et ss.; 267; 275; 721; 729; 791; 802; 811 et ss.; 818; 876 et ss.; 938; 960-961; 966 et ss.; 995-1013; 1113

Principe des droits de la défense: 196-305; 339; 343 et ss.; 365 et ss.; 377, 407, 415, 458, 465, 471, 478, 485; 491-492; 497, 499, 502, 505, 510, 514, 516, 521; 534-572; 658 et ss.; 681, 688; 913; 994; 1007; 1135

Principe de l'équilibre institutionnel: 740; 766-775; 779; 825; 895; 1001-1004; 1023; 1034; 1068; 1079; 1090; 1141-1143

Principe d'impartialité (sollicitude, diligence, adéquation, considération): 184; 405; 438-469; 531; 601; 849; 910-911; 984; 1002; 1013; 1017; 1073; 1105 et ss.

Principe de la responsabilité procédurale de l'administration (imputation, imputabilité): 295; 874; 910; 1002; 1016 et ss.; 1070 et ss.; 1141

Santé publique: 699-700; 708-712; 716-717; 732; 748; 751; 778; 829; 836 et ss.; 888 et ss.; 902; 944; 953-955; 1007; 1050-1051

Subsidiarité: 305; 627-629; 701; 713; 724-732; 764; 835; 938-939; 1008; 1024; 1074

Technische Universität München: 136-137; 244; 251; 260; 428; 436; 443; 446; 450; 454; 456; 601; 799-801; 893; 908-912; 1008; 1017; 1134; 1152

Tiers: 64; 67; 85; 126; 311; 349-350; 373; 404; 407; 415-416; 433; 442; 447; 468; 523 et ss.; 530; 532-640; 668-669; 801; 817; 930; 970; 1002; 1014; 1116; 1137; 1151

BIBLIOGRAPHIE

Dans cette bibliographie figurent les principaux ouvrages et articles utilisés au cours de l'étude. Ont été éliminées les références qui, servant à l'appui de notes pour indiquer certaines pistes, n'intéressent pas directement le texte principal. Autant que possible, seules les références des ouvrages collectifs sont mentionnées et, dans ce cas, les différentes contributions utilisées ne sont pas reprises.

1. DROIT COMMUNAUTAIRE GENERAL (institutions, sources, actes)

- H. BIRBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres. Commentaire sur l'article 3B du traité de Maastricht*, RMUE, 1992/4, 165-188
- M. BLANQUET, *L'ARTICLE 5 DU TRAITE C.E.E. Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, LGDJ, Paris, 1994
- C. BLUMANN, *Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen*, RTDE, 1988, 23-59
- C. BLUMANN, *LA FONCTION LEGISLATIVE COMMUNAUTAIRE*, LGDJ, Paris, 1995
- C. BLUMANN, *Scénario de crise: « l'heure de vérité »*, in *ACTES DU COLLOQUE DES CHAIRES JEAN MONNET SUR LA CONFERENCE INTERGOUVERNEMENTALE DE 1996*, Communautés européennes, Luxembourg, 1997, 159-181
- G. DE BÚRCA, *The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor*, JCMS, 1998, 217-235
- S. CASSESE, *La Costituzione europea*, Quaderni costituzionali, 1991, 487-508
- V. CONSTANTINESCO, *Les institutions communautaires. Présentation générale*, J-CI. Europe, Fasc. 161-10
- R. DEHOUSSE, *La subsidiarité et ses limites*, Annuaire Européen, vol. XL, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 27-45
- R. DEHOUSSE, *European Institutional Architecture after Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?*, CMLR, 1998, 595-627
- J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *La hiérarchie des normes*, in *LA REVISION DU TRAITE SUR L'UNION EUROPEENNE. Perspectives et réalités*, P. Manin (dir.), Ed. A. Pedone, Paris, 1996, 41-60
- C.D. EHLERMANN, *Compétences d'exécution conférées à la Commission — La nouvelle décision-cadre du Conseil*, RMC, 1988, 222-239
- C.D. EHLERMANN, *Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité*, RMUE, 1992/4, 215-220
- N. EMILIOU, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Enterprises of Ambition"?*, ELR, 1992, 383-407
- Y. GAUTIER, *LA DELEGATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Thèse Droit, Strasbourg, 1995
- J.-C. GAUTRON, *Subsidiarité ou néo-subsidiarité?*, RAE, 1998, 3-8
- A.J. GIL IBÁÑEZ, *THE ADMINISTRATIVE SUPERVISION AND ENFORCEMENT OF EC LAW: POWERS, PROCEDURES AND LIMITS*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- G. GUILLERMIN, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, JDI, 1992, 319-346
- C. HARLOW, *Citizen Access to Political Power in the European Union*, EUI, WP RSC, 99/2, Florence, 1999
- T.C. HARTLEY, *The FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Clarendon Press, Oxford, 3rd ed., 1994
- G. ISAAC, *DROIT COMMUNAUTAIRE GENERAL*, Armand Colin, Paris, 7ème éd., 1999
- F. JACOBS, R. CORBETT & M. SCHACKLETON, *THE EUROPEAN PARLIAMENT*, Longman, London, 1992
- J.-P. JACQUE, *COURS GENERAL DE DROIT COMMUNAUTAIRE*, Collected Courses of the Academy of European law, EUI, Nijhoff, Dordrecht, 1990, Vol. I, 237-367
- J.-P. JACQUE, *La Constitution de la Communauté européenne*, Revue universelle des droits de l'homme, 1995, 406 et ss.
- R. KOVAR, *La Commission, gardienne des Traités*, in *LA COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES ET L'ELARGISSEMENT DE L'EUROPE*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, 9-12
- R. KOVAR, *L'identification des actes normatifs en droit communautaire*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELEBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 388 (387-422)
- A. DE LAUBADERE, *TRAITS GENERAUX DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Académie de droit international de La Haye, Recueil des Cours, Sijthoff, Leyden, 1964, I, 532-600
- S. LECLERC, *Les communications de la Commission et le marché intérieur*, CDE, 1998, 161-175
- K. LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, The American Journal of Comparative Law, 1990, 205-263
- K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, CMLR, 1991, 11-35

- K. LENAERTS, *Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community*, ELR, 1993, 23-49
- K. LENAERTS & P. VAN NUFFEL, *CONSTITUTIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION*, R. Bray (ed.), Sweet & Maxwell, London, 1999
- K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, *Le principe de subsidiarité et son contexte*, CDE, 1994, 3-83
- J.-V. LOUIS, *LES REGLEMENTS DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1969
- J.-V. LOUIS, *La collaboration des Etats membres à la mise en oeuvre du droit communautaire*, in *COMMENTAIRE MEGRET. Le droit de la CEE*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2ème éd., 1993, vol. X, 592
- F. MARIATTE, *Règlement intérieur et procédure d'authentification des décisions*, Europe, 2000, n° 160
- M. MELCHIOR, *Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités*, in *MELANGES F. DEHOUSSE. La construction européenne*, Vol. 2, F. Nathan, Ed. Labor, Paris, Bruxelles, 1979, 243-258
- E.J. MESTMÄCKER, *De la Communauté économique à l'Union économique et monétaire*, RAE, 1995/1, 111-123
- P.-Y. MONJAL, *Remarques sur l'emploi de la notion de fonction législative en droit communautaire*, RRJ, 1998, 1117-1162
- P.-Y. MONJAL, *La qualité de législateur du Conseil des Ministres de l'Union européenne selon son règlement intérieur: dilution ou fondation de la notion de législateur?*, Europe, 2000, Chron. n° 2
- C.-A. MORAND, *LA LEGISLATION DANS LES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, LGDJ, Paris, 1968
- R. PERISSICH, *Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la Communauté dans les années à venir*, RMUE, 1992, 10 et ss.
- P. PESCATORE, *LE DROIT DE L'INTEGRATION. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Sijthoff, Leiden, Genève, 1972
- P. PESCATORE, *L'ORDRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES. Etude des sources du droit communautaire*, Presses Univesitaires de Liège, Liège, 1975
- P. PESCATORE, *L'exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome*, CDE, 1978, 387-406
- J.-C. PIRIS, *Après Maastricht, les institutions sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes?*, RTDE, 1994, 1-37
- J. RIDEAU, *Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire*, AFDI, 1972, 864-903
- J. RIDEAU, *Compétences et subsidiarité dans l'UE et les CE*, AEAP, 1992, 615 et ss.
- J. RIDEAU, *La fonction législative dans les Communautés européennes*, RAE, 1995, 63-81
- J. RIDEAU, *DROIT INSTITUTIONNEL DE L'UNION ET DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, LGDJ, Paris, 1ère éd., 1994, 2ème éd., 1996, 3ème éd., 1999
- D. RITLENG, *De l'inexistence de l'inexistence*, Europe, 1999, n° 327
- S. RODRIGUES, *La nouvelle Commission Prodi face à ses engagements. Est-ce la fin de la crise?*, RMC, 1999, 678-682
- D. SIDJANSKI, *Communauté Européenne 1992: Gouvernement de comités?*, Pouvoirs, 1989, n°48, 71-80
- D. SIMON, *LE SYSTEME JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE*, PUF, Paris, 1997, 2ème éd., 1998
- F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, MLR, 1993, 19-53
- F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in *THE CONSTRUCTION OF EUROPE. Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer, Dordrecht, 1994, 197-225
- F. SNYDER (ed.), *CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF THE EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, Kluwer Law International, The Hague, 1996
- G. STROZZI, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attentes*, RTDE, 1994, 373-390
- M. TORELLI, *Les « habilitations » de la Commission des Communautés européennes*, RMC, 1969, 465-472
- A. VAN SOLINGE, *La Commission, agent d'exécution du droit communautaire*, in *LA COMMISSION AU CŒUR DU SYSTEME INSTITUTIONNEL DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, J.-V. Louis & D. Waelbroeck (dir.), Etudes européennes, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, 71-77
- G. WINTER (ed.), *SOURCES AND CATEGORIES OF EUROPEAN UNION LAW. A Comparative and Reform Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 1996
- C. WRIGHT, *Can the European Parliament Punish European Commission Officials? Who Takes the Blames for the BSE Mess?*, European Food Law Review, 1998, 39-46

1.2. JUSTICE COMMUNAUTAIRE, PRINCIPES GENERAUX & DROITS FONDAMENTAUX

- J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Jurisprudence en matière de droits fondamentaux*, CDE, 1998, 369-371

- M. AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Community*, The British Yearbook of International Law, 1981, 45-51
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam: de l'emprunt à l'appropriation ?*, Europe, 1998, Chron. n° 7
- A. ALBORS-LLORENS, *PRIVATE PARTIES IN EUROPEAN COMMUNITY LAW. Challenging Community Measures*, Clarendon Press, Oxford, 1996
- A. BARAV, *Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court*, CMLR, 1974, 191-198
- J. BENGOETXEA, *THE LEGAL REASONING OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE*, Clarendon Press, Oxford, 1993
- J. BOULOUIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *MELANGES OFFERTS A MARCEL WALINE. Le juge et le droit public*, t. I, LGDJ, Paris, 1974, 149-162
- J. BOULOUIS & R.M. CHEVALLIER, *GRANDS ARRETS DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Dalloz, Paris, 5ème éd., 1991
- J. BOULOUIS & M. DARMON, *CONTENTIEUX COMMUNAUTAIRE*, Dalloz, Paris, 1997
- K.C. BRADLEY, *La transparence de l'Union européenne: une évidence ou un trompe l'oeil?*, CDE, 1999, 283-362
- R. CARANTA, *Judicial Protection Against Member States: A New Jus Commune Takes Shape*, CMLR, 1995, 703-726
- J. CAVALLINI, *LE JUGE NATIONAL DU PROVISoire FACE AU DROIT COMMUNAUTAIRE. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, Bruxelles, 1995
- A. CLAPHAM, *HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COMMUNITY: A CRITICAL OVERVIEW*, Nomos, EUI, Baden-Baden, 1991
- J. COPPEL & A. O'NEIL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, CMLR, 1992, 669-692
- D.M. CURTIN, *Constitutionalism in the European Community. The Right to Fair Procedures in Administrative Law*, in *HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTIONAL LAW. Essays in Honour of Brian Walsh*, The Round Hall Press, Dublin, 1992, 293-317
- M.A. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, RTDE, 1984, 401-424
- E. DECAUX, *Human Rights and Civil Society*, in *THE EUROPEAN UNION AND HUMAN RIGHTS*, P. Alston (ed.), EUI, Oxford University Press, Oxford, 1999, 899-917
- R. DEHOUSSE, *LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Montchrestien, Paris, 1994
- M. DELMAS-MARTY (dir.), *CORPUS JURIS*, Economica, Paris, 1997
- N. EMILIOU, *Opening Pandora's Box. The Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice*, ELR, 1994, 488-507
- F. FINES, *ETUDE DE LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE*, LGDJ, Paris, 1990
- S. FLOGAITIS, *Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de justice*, REDP, 1992, 291-307
- L. FOSCANEANU, *Une décision inquiétante de la Cour de Justice des communautés européennes*, RTDE, 1980, 284-301
- M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, RTDE, 1966, 47-65
- Y. GALMOT, *Réflexions sur le recours au droit comparé par la CJCE*, RFDA, 1990, 255-262
- E. GARCIA DE ENTERRIA, *The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law: the Judgment of the Court of Justice in Borelli and Article 5 of the EC Treaty*, YEL, 1993, 19-37
- Y. GAUTIER, *Chronique de jurisprudence*, JDI, 1999, 514-518
- L. GOFFIN, *La jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense*, CDE, 1980, 127-144
- L. GOFFIN, *Le droit au silence. Le droit communautaire impose-t-il au juge national dans une procédure civile le principe selon lequel une entreprise a le droit de ne pas reconnaître la violation d'une règle de concurrence?*, CDE, 1994, 464-472
- L. GOFFIN, *Une décision de refus peut-elle être un acte préparatoire?*, CDE, 1994, 239-245
- L. GOFFIN, *Le droit de ne pas s'incriminer soi-même fait-il partie du droit communautaire?*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. II, 1001-1018
- R. GREAVES, *Locus Standi under Article 173 EEC when seeking Annulment of a Regulation*, ELR, 1986, 129-133
- C. HARDING, *Who Goes to Court? An Analysis of Litigation against the European Community*, ELR, 1992, 105-125
- T. HARTLEY, *Locus Standi in actions under Article 173 EEC*, ELR, 1978, 209-212
- C. HEN, *La motivation des actes des institutions communautaires*, CDE, 1977, 49-91
- F.G. JACOBS, *The Right to a Fair Trial in European Law*, European Human Rights Law Review, 1999, 141-154
- C.N. KAKOURIS, *L'utilisation de la Méthode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *THE USE OF COMPARATIVE LAW BY COURTS*, U. Drobnig & S. Van Erp (eds.), Kluwer, The Hague, 1999, 97-111
- H. KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour*, Rencontre judiciaire et universitaire, Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, 1-29

- R. LECOURT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, in *L'EUROPE ET LE DROIT. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, 349-361
- K. LENAERTS, *LE JUGE ET LA CONSTITUTION AUX ETATS-UNIS D'AMERIQUE ET DANS L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN*, Bruylant, Bruxelles, 1988
- K. LENAERTS, *Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue*, ELR, 1991, 367-390
- K. LENAERTS, *L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe aux apparences multiples*, CDE, 1991, 3-39
- K. LENAERTS, *Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELEBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, vol. I, 423-457
- J.-V. LOUIS, *Article 190*, in *COMMENTAIRE MEGRET. Le droit de la CEE*, vol. X, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1993, 523-529.
- T. DE LA MARE, *Article 177 EC in Social and Political Context: Perspectives on the Key Procedures for EC Legal integration*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW*, P. Craig & G. De Búrca (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999
- J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE*, CDE, 1986, 5-20
- J. MERTENS DE WILMARS, *Arguments de raison et arguments d'autorité dans la jurisprudence de la CJCE*, in *ARGUMENTS D'AUTORITE ET ARGUMENTS DE RAISON*, G. Haarscher & L. Ingber (dir.), Nemesis, Bruxelles, 1988, 71-92
- J. MERTENS DE WILMARS, *Statement of Reasons and Methods of Interpretation of the EC Court of Justice Relating to Articles 85 and 86*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (1987)*, B. Hawk (ed.), 1988, 607-628
- P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier d'un acte communautaire de portée générale*, RTDE, 1994, 171-194
- R.-E. PAPADOPOULOU, *PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ET DROIT COMMUNAUTAIRE. Origines et concrétisation*, Sakkoulas - Athènes, Bruylant - Bruxelles, 1996
- P. PESCATORE, *Les Objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice*, in *MISCELLANEA W.J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH*, t.II, Bruylant, Bruxelles, 1972
- P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la CJCE, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, RIDC, 1980, 337-359
- F. PICOD, *Recevabilité*, in *DICIONNAIRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, A. Barav & C. Philip (éd.), PUF, Paris, 1993, 886-895
- F. PICOD, *Le droit au juge en droit communautaire*, in *LE DROIT AU JUGE DANS L'UNION EUROPEENNE*, J. Rideau (éd.), LGDJ, Paris, 1998, 141-170
- F. PICOD, *Le juge communautaire et l'interprétation européenne*, in *L'INTERPRETATION DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME*, F. Sudre (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, 289-334
- A. PLIAKOS, *La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission des Communautés européennes: une issue heureuse?*, RTDE, 1995, 449-469
- P. REUTER, *Le droit au secret et les institutions internationales*, AFDI, 1956, 45-65
- A. PLIAKOS, *LE PRINCIPE GENERAL DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFICACE EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Sakkoulas, Bruylant, Athènes-Bruelles, 1997
- P. REUTER, *La Cour de justice des Communautés Européennes et le droit international*, in *MELANGES OFFERTS A H. ROLIN. Problèmes de droit des gens*, Pedone, Paris, 1964, 263-283
- J. RIDEAU, *JURIDICTIONS INTERNATIONALES ET CONTROLE DU RESPECT DES TRAITES CONSTITUTIFS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES*, Paris, LGDJ, 1969
- J. RIDEAU, *Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux*, Dalloz, Chron. 1974, 147-158
- J. RIDEAU, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection*, in *COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES ET DROITS FONDAMENTAUX*, L. Favoreu (dir.), Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, Economica, Paris, 1982, 411-451
- J. RIDEAU, *L'Administration et le Fonctionnement de la Justice communautaire*, AEAP, 1991, 301-377
- J. RIDEAU, *Communauté de droit et Etats de droit*, in *MELANGES RENE-JEAN DUPUY. Humanité et droit international*, Paris, Pedone, 1991, 249-269
- J. RIDEAU, *La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans les Etats membres des Communautés européennes*, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VII-1991, 11-64
- J. RIDEAU, *LE ROLE DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 265, 1997, 9-480
- J. RIDEAU (dir.), *LA TRANSPARENCE DANS L'UNION EUROPEENNE*, LGDJ, Paris, 1999
- J. RIDEAU, *Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *L'UNION EUROPEENNE ET LES DROITS FONDAMENTAUX*, S. Leclerc, J.-F. Akandji-Kombé, M.-J. Redor (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1999
- J. RIDEAU, *Le principe de transparence dans l'ordre juridique communautaire*, Dalloz, 2000, 192-193
- J. RIDEAU & F. PICOD, *CODE DE PROCEDURES EUROPEENNES*, Litec, Paris, 1995

- J. RIDEAU & J.-F. RENUCCI, *Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux: atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme*, Justices, n° 6, 1997, 95-111
- F. RIGAUD, *Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits*, in MISCELLANEA W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, t. II, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 365-381
- D. RITLENG, *Motivation*, in DICTIONNAIRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, A. Barav & C. Philip (éd.), PUF, Paris, 1993, 693-701
- D. RITLENG, *Le contrôle de légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance*, Thèse Droit, Strasbourg, 1998
- D. RITLENG, *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, AJDA, 1999, 645-656
- G. ROBLES MORCHON, *La Cour de justice des Communautés européennes et les principes généraux du droit*, EUI, WP, 88/350, Florence, 1988
- H. G. SCHERMERS & D. WAELEBROECK, *JUDICIAL PROTECTION IN THE EUROPEAN COMMUNITY*, Kluwer, Deventer, 4th ed., 1987
- F. SCHOCKWEILER, *La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national*, CDE, 1989, 3-40
- O. DE SCHUTTER, *L'accès des groupements à la justice communautaire*, JTDE, 1999, 153-160
- J. SCHWARZE (Hrsg.), *PERSPECTIVES DE DEVELOPPEMENT DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DANS LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE*, Nomos, Baden-Baden, 1987
- J. SCHWARZE, *The Procedural Guarantees in the Recent Case-Law of the European Court of Justice*, in INSTITUTIONAL DYNAMICS OF EUROPEAN INTEGRATION. Essays in Honour of H.G. Schermers, vol. II, M. Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, 487-496
- M. SHAPIRO, *The giving Reasons Requirement*, University of Chicago Legal Forum, 1992, vol. 179, 179-220
- D. SIMON, *L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE DES TRAITÉS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, Paris, 1981
- D. SIMON, *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?*, Droits, n° 14, 1991, 73-86
- D. SIMON, *L'avocat général a le droit de se tromper de chambre...*, Europe, avril 2000, repères et n° 90
- F. SUDRE, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système de protection des droits de l'homme?*, JCP, 1998, 1-100
- G. LE TALLEC & C.D. EHLERMANN, *La motivation des actes des Communautés Européennes*, RMC, 1966, 179-187
- J. TEMPLE LANG, *The Sphere in which Member States are obliged to comply with the general Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, LIEI, 1991/2, 23-35
- T. TRIDIMAS, *THE GENERAL PRINCIPLES OF EC LAW*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- J.A. USHER, *The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court*, ELR, 1976, 359-374
- J.A. USHER, *Principles Derived from Private Law and the European Court of Justice*, European Review of Private Law, 1993/1, 109-136
- G. VANDERSANDEN, *Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui lui sont adressées*, CDE, 1995, 535-552
- E. VAN GINDERACHTER, *Problématique de la recevabilité au regard de la réglementation CEE en matière de dumping et de subventions: Etat de la question et perspectives d'avenir*, CDE, 1987, 635-666
- J. VERGES, *Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*, in L'EUROPE ET LE DROIT. Mélanges Boulouis, Dalloz, Paris, 1991, 513-531
- J. VERGES, *Droits fondamentaux et droits de la citoyenneté dans l'Union européenne*, RAE, 1994/4, 75-97
- A. VERNARDOS, *The Objectives of the EEC as standards of the European Community Law*, RRI, 1988, 954-960
- P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, RTDH, 1997, 883-902
- D. WAELEBROECK & A.-M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, CDE, 1995, 399-441
- J.H.H. WEILER, *The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action*, in DU DROIT INTERNATIONAL AU DROIT DE L'INTEGRATION. Liber Amicorum Pierre Pescatore, 1987, 821-842
- J.H.H. WEILER, *Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COMMUNITY: METHODS OF PROTECTION, Nomos, Baden-Baden, 1991, 557-642
- J.H.H. WEILER & S.C. FRIES, *A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences*, in THE EU HUMAN RIGHTS, P. Alston (ed.), EUI, Oxford University Press, Oxford, 1999, 147-165
- J.H.H. WEILER & N.J.S. LOCKHART, *"Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court of Justice and Its Fundamental Rights Jurisprudence*, CMLR, 1995, 51-89 et 579-627
- B. DE WITTE, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in THE EU HUMAN RIGHTS, P. Alston (ed.), EUI, Oxford University Press, Oxford, 1999, 859-897
- F. ZAMPINI, *La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire »*, RTDE, 1999, 659-707

- F. ZAMPINI**, *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire de la concurrence*, RMC, 1999, 628-647
- J. ZILLER**, *La dialectique du contentieux européen: le cas des recours contre les actes normatifs*, in *MELANGES FROMONT*, à paraître, 2000
- K. ZWIGERT**, *Les principes généraux des droits des Etats membres*, in *LE DROIT DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNE*, Bruxelles, Larcier, 1969

2. DROIT ECONOMIQUE - DROIT DE LA CONCURRENCE

- AEA**, Association Européenne des Avocats (éd.), *DROITS DE LA DEFENSE ET DROITS DE LA COMMISSION DANS LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1994
- AEA**, Association Européenne des Avocats (éd.), *UN ROLE POUR LA DEFENSE DANS LES PROCEDURES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1997
- S.D. ANDERMAN**, *EC COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. The Regulation of Innovation*, Clarendon Press, Oxford, 1998
- B. ASSO**, *Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice*, RTDE, 1976, 21-50
- D. BARTHE**, *LA SITUATION DE L'ENTREPRISE VICTIME D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES CONTENTIEUX OBJECTIFS COMMUNAUTAIRE ET FRANÇAIS*, Thèse Droit, Paris I, 1997
- M. BAZEX**, *Chronique de jurisprudence*, RTDE, 1983, 639-643
- M. BAZEX**, *Le droit public de la concurrence*, RFDA, 1998, 781-800
- M. BAZEX**, *Règles de concurrence applicables au secteur public*, J.-Cl. Europe, fasc. 1500, n° 6
- B. BEAUCHESNE**, *LA PROTECTION JURIDIQUE DES ENTREPRISES EN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Nouvelles Editions Fiduciaires, Levallois-Perret, 1993
- C. BELLAMY**, *Legal protection of individuals, their fundamental rights and their rights of defence*, in *LES SANCTIONS COMME MOYENS DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE*, Bundesanzeiger, Köln, 1996, 115-121
- J. BIANCARELLI**, *Le principe de la protection du secret professionnel et du secret des affaires*, RSCDPC, 1986, 449-452
- B. BOULOC**, *Le secret des affaires*, DPCI, 1990, 6-41
- M.-C. BOUTARD-LABARDE**, *ENQUETES EN VUE DE L'APPLICATION DES ARTICLES 85 & 86: DROITS ET DEVOIRS DES ENTREPRISES*, FEC - Maison Larcier, Paris, Bruxelles, 1992
- R. BRENT**, *The Binding of Leviathan? — The Changing Role of the European Commission in Competition Cases*, International and Comparative Law Quarterly, 1995, 255-279
- G. CERUTTI**, *Potestà discrezionali della Commissione e provvedimento cautelari d'urgenza in tema di diritto comunitario della concorrenza*, Rivista di diritto europeo, 1985, 172, 159-175
- N. CHARBIT**, *Le nouveau mandat du conseiller-auditeur, un pas vers la séparation des fonctions?*, Gaz. Pal., 21 décembre 1995, 1405
- J.-Y. CHEROT**, *Règles applicables aux Etats*, Europe, 2000, n° 221
- C. CHAMPAUD**, *L'apport du droit communautaire au droit économique*, CDE, 1970, 556-562
- C. CHAMPAUD**, *Caractères du droit de la concurrence*, J.-Cl. Concurrence - Consommation, Fasc. 30
- C. CHAMPAUD**, *L'idée d'une magistrature économique*, Justices, n° 1, 1995, 61-79
- J. CHEVALLIER**, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justices, 1995, n° 1, 81-90
- CREDECO**, *L'évolution récente du droit économique français*, RIDE, 1991, 211-245
- I.L.P. CROMBEEN**, *The Legal Duties of the European Commission Towards Private Party-Complainants in EC Competition Cases*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1998, 153-184
- D. DANET**, *LA NATURE JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE*, Thèse Gestion, Rennes I, 1990
- M.M. DELFINO**, *ENFORCEMENT DISCRETION IN ANTITRUST: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE E.E.C. AND U.S. SYSTEMS*, PhD Dissertation, Stanford School of Law, 1982
- G.H. DOWIE**, *FIT TO JUDGE? The European Commission as an Adjudicator in the Community Competition Regime*, LLM EUI, Florence, 1989
- A. DERINGER**, *Les règles de concurrence au sein de la C.E.E. (analyse et commentaires des articles 85 à 94 du traité)*, RMC, juillet-août 1966, 660-662
- J. DINNAGE**, *Locus standi and Article 173 EEC: the effect of Metro SB Gossmärkte v. Commission*, ELR, 1979, 30-34
- B. DOHERTY**, *Playing Poker with the Commission: Rights of Access to the Commission's File in Competition Cases*, ECLR, 1994, 8-15
- B.J. DRIJBER**, *Access to File and Confidentiality in EEC Competition Proceedings*, in *SCHWERPUNKTE DER KARTELLRECHTS (1992/93)*, Carl Heymanns Verlag KG, 1994, 119
- H. DUMEZ & A. JEUNEMAITRE**, *LA CONCURRENCE EN EUROPE. De nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, Seuil, Paris, 1991

- J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Transparence et égalité des armes dans les procédures de contrôle de la concurrence*, in *L'UNITE DU DROIT. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, 241-258
- C.-D. EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, CMLR, 1992, 257-282
- C.D. EHLERMANN, *Reflections on a European Cartel Office*, CMLR, 1995, 471-486
- C.D. EHLERMANN, *Community Competition Law Procedures*, in *PROCEDURAL ASPECTS OF EC COMPETITION LAW*, Lord Slynn of Hadley & S.A. Pappas (eds.), Institut européen d'administration publique, Maastricht, 1995, 9-22
- C.D. EHLERMANN, *The European Administration and the Public Administration of Member States with regard to Competition Law*, ECLR, 1995, 454-460
- C.D. EHLERMANN, *The Evolution in Relations between the EC Commission and National Antitrust Authorities*, in *ANTITRUST FRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO COMUNITARIO*, Giuffrè Editore, Milan, 1996, 55-69
- C.D. EHLERMANN, *Cooperation between Competition Authorities within the European Union*, in *ANTITRUST BETWEEN EC LAW AND NATIONAL LAW*, E.A. Raffaelli (ed.), Bruylant, Giuffrè, Bruxelles, Milan, 1998, 465-486
- C.D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, CMLR, 2000, 537-590
- C.D. EHLERMANN, *La modernisation de la politique antitrust de la CE: une révolution juridique et culturelle*, RDE, 2000/1, 13-74
- C.D. EHLERMANN & B.J. DRUJBER, *Legal Protection of Entreprises: Administrative Procedure, in Particular Access to Files and Confidentiality*, ECLR, 1996, 375-383
- J.J.A. ELLIS, *Les règles de concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises*, RIDC, 1963, 299-328
- G. FARJAT, *DROIT ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1982
- O. FLECHEUX, *Libre concurrence et garantie du procès équitable*, Gaz. Pal., 2 décembre 1999, 1-8
- A. FRIGNANI, *Décision commentée. L'affaire Metro-SABA*, CDE, 1978, 461-479
- M.-A. FRISON-ROCHE, *L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence*, Petites affiches, 17 mai 1995, n° 59
- M.-A. FRISON-ROCHE, *La Concurrence et le Temps*, RCC, 1997, n° 98
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme*, Petites affiches, 10 février 1999, n° 29, 17-20
- B. GENESTE, *Le secret d'affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence*, Dalloz Affaires, 1271-1275; 1309-1313
- D.J. GERBER, *The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria*, The American Journal of Legal History, 1992, 405-440
- D.J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law*, Harvard International Law Journal, 1994, 97-147
- D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, The American Journal of Comparative Law, 1994, vol. 42, 25-84
- H. GILLIAMS & I. MASELIS, *Le statut du plaignant en droit communautaire*, JTDE, 1996, 25-32
- M. GLAIS & P. LAURENT, *De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence*, Gaz. Pal., 1978, 209-215
- L. GOOSENS, *Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission*, JTDE, octobre 1998, n° 52, 169-175; 200-204
- C.-E. GUDIN, *Le droit d'être entendu dans les procédures communautaires (Application des règles de concurrence et contrôle des concentrations)*, RAE, 1994/4, 42-48
- O. GUERSEN, *Le rôle des engagements dans les décisions des autorités de concurrence*, RCC, 1998, n° 106, 13-17
- C. HARDING, *COMMUNITY INVESTIGATIONS AND SANCTIONS. The Supranational Control of Business Delinquency*, Leicester University Press, Leicester, 1993
- B. HAWK (ed.), *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM LAW INSTITUTE (1994)*, Kluwer Law International, The Hague, 1995
- M.-A. HERMITTE, *Chronique de jurisprudence*, JDI, 1999, 603 et ss.
- D. HILDEBRAND, *THE ROLE OF ECONOMIC ANALYSIS IN EC COMPETITION RULES*, Kluwer, the Hague, 1998
- L. IDOT, *Epilogue dans l'affaire Pâte de Bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence*, Europe, 1993, Chron. n° 6
- L. IDOT, *Les mesures provisoires en droit de la concurrence: un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence*, RTDE, 1993, 581-600
- L. IDOT, *L'application du principe de subsidiarité en droit de la concurrence*, Dalloz, 1994, Chron. 37
- L. IDOT, *Le nouveau mandai du conseiller-auditeur. Quelques progrès dans les « procédures concurrence »*, Europe, 1995, Chron. n° 2
- L. IDOT, *Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence: à propos des secrets d'affaires et du secret professionnel*, in *LES ASPECTS CONTEMPORAINS DU DROIT DE LA DISTRIBUTION ET DE LA CONCURRENCE*, Centre de droit des affaires (Toulouse I), Montchrestien, 1996, 109-126
- L. IDOT, *Le rôle des engagements dans les décisions des autorités de concurrence*, RCC, 1998, 6-12

- L. IDOT & J.B. BLAISE**, *La jurisprudence du Tribunal de première instance en matière de concurrence*, RMC, 1995, 602-612
- International Commerce Chamber**, *DUE PROCESS AND ANTI-COMPETITIVE PRACTICES*, International Chamber of Commerce, Paris, 1994
- A. JACQUEMIN & B. REMICHE** (dir.), *LES MAGISTRATURES ECONOMIQUES ET LA CRISE*, Ed. du CRISP, Bruxelles, 1984
- F.-C. JEANTET**, *Les droits de la défense devant la Commission de la Communauté Economique Européenne dans le contentieux de la concurrence*, JCP, 1963, 1-1785
- F.-C. JEANTET**, *La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence*, RTDE, 1987, 53-67
- F. JENNY**, *Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er Décembre 1986*, Gaz. Pal., 1997, 260-261
- C. JOERGES**, *European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in *EUROPE AFTER MAASTRICHT: AN EVER CLOSER UNION?*, R. Dehousse (ed.), Beck, München, 1994, 29-62
- R. T. JONES**, *Droit antitrust américain et droit européen de la concurrence. Etude comparative*, RMC, 1975, 20-32
- J.M. JOSHUA**, *Information in EEC Competition Law Procedures*, ELR, 1986, 409-429
- J.M. JOSHUA**, *The Investigative Powers of the EEC Commission in Competition Cases*, Gaz. Pal., 1991, 266-270
- J.M. JOSHUA**, *Attitudes to Antitrust Enforcement in the EU and the United States: Dodging the Traffic Warden or Respecting the Law*, in *PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE*, Sweet & Maxwell, 1996, 101-135
- G. KARYDIS**, *Les procédures d'urgence devant la Commission*, JTDE, 1997, 25-35
- C.S. KERSE**, *EC ANTITRUST PROCEDURE*, Sweet & Maxwell, London, 2nd ed., 1994
- R. KOVAR**, *Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intéressés: un équilibre difficile*, Dalloz, Chron., 1981, 133-138
- R. KOVAR**, *Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison »*, RTDE, 1987, 237-254
- R. KOVAR**, *Commentaire de l'article 85 du Traité CE*, in *TRAITE INSTITUANT LA CEE. Commentaire article par article*, sous la dir. de V. Cantantinesco, J-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon, Economica, Paris, 1992, 422-423
- P. KUYPER & T. RIJN**, *Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition*, YEL, 1982, 1-55
- L. LAUDATI**, *The European Commission as Regulator: The Uncertain Pursuit of the Competitive Market*, in *REGULATING EUROPE*, G. Majone (ed.), Routledge, London, 1996
- L. LAUDATI**, *MANAGING GLOBALISATION: INTERNATIONAL COOPERATION IN ECONOMIC REGULATION*, Thèse Droit, EUI, Florence, 1998
- C. LAVOIE**, *The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules*, ELR, 1992, 20-40
- K. LENAERTS**, *Procedures and Sanctions in Economic Administrative Law*, in *17. F.I.D.E. KONGRESS*, J. Schwarze (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1997
- M. LEVITT**, *Access to the File: The Commission's Administrative Procedures in Cases under Articles 85 and 86*, CMLR, 1997, 1414-1444.
- M. LEVITT**, *Commission Hearings and the Role of the Hearing Officer: Suggestions for Reform*, ECLR, 1998, 404-408
- F.P. LOUIS**, *La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?*, CDE, 1998, 48-75
- C. LUCAS DE LEYSSAC**, *Rapport de synthèse*, in *Droits et libertés fondamentales face au droit de la concurrence* (Ateliers de la Concurrence), RCC, 1995, n° 83, 47-52
- C. LUCAS DE LEYSSAC**, *Vers une Citoyenneté Economique de l'Entreprise*, Gaz. Pal., 13 février 1997, 265-267
- K. MARKERT**, *Concurrence et Politique Economique dans la C.E.E.*, in *LA CONSTITUTION ECONOMIQUE EUROPEENNE*, IEJE, Nijhoff, La Haye, 1971, 237-261
- P. MASSEY**, *Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (1996)*, B. Hawk (ed.), Sweet & Maxwell, London, 1997, 91-123
- M.A. MATARASO**, *The Independent Importer's Right of Review of Antidumping Regulations Before the Court of Justice of the European Communities*, FILJ, 1989, vol. 12, 682-726
- H-W. MICKLITZ & S. WEATHERILL**, *EUROPEAN ECONOMIC LAW*, Dartmouth, England, 1997
- F. MONTAG**, *The Case for a Radical Reform of the Infringement Procedure under Regulation 17*, ECLR, 1996, 428-437
- K. MORTELMANS**, *Equité et droit économique*, RIDE, 1989, 7-32
- P. NEHROT**, *Quelques réflexions sur l'expertise en droit européen de la concurrence*, APD, t. 39, 1988, 301-321
- E. PAULIS**, *La position de la partie plaignante en matière de concurrence*, RTDE, 1987, 621-632
- P. PESCATORE**, *Public and Private Aspects of European Community Law*, FILJ, Vol. 10, 1986, 373-419
- A. PIROVANO**, *Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple: la régulation de l'ordre concurrentiel*, Justices, 1995, n° 1, 15-33
- A. POTOCKI**, *Brèves Observations sur la Protection des Secrets d'Affaires dans l'Ordonnance du 1er Décembre 1986*, Gaz. Pal., 13 février 1997, 268-271
- L. ORTIZ BLANCO**, *EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION PROCEDURE*, Clarendon Press, Oxford, 1996
- A. PLIAKOS**, *LES DROITS DE LA DEFENSE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE*, Bruylant, Bruxelles, 1987

- J. RIDEAU**, *Les garanties juridictionnelles dans le dialogue entre les entreprises et les autorités communautaires*, in *L'ENTREPRISE DANS LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, Paris, 1995, 433-474
- J. RIDEAU & J.-M. RAINAUD**, *Attitude de la Cour sur le contrôle de l'opportunité économique*, RMC, 1976, 139-172
- A.J. RIDLEY**, *The European Cartel Office: A Guardian Without Weapons?*, ECLR, 1997, 3-16
- A.J. RILEY**, *European Competition Law: The Client v. the Public Interest*, ECLR, 1991, 39-45
- R. SAINT-ESTEBEN**, *Les procédures informelles dans le droit de la concurrence*, in *L'ENTREPRISE ET LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, Paris, 1995, 415-431
- M.-A. SANSON-HERMITTE**, *DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE. Cohérence économique et sécurité juridique*, Librairies Techniques, Paris, 1981
- M.-A. SANSON-HERMITTE**, *La notion de source du droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence*, in *LE DROIT DES RELATIONS ECONOMIQUES INTERNATIONALES. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, 299-326
- G. SCHRANS**, *The Morality and the Instrumentality of European Economic law*, in *MISCELLANEA W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, t. II, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 283-434
- D. SIMON**, *Accès aux documents dans les procédures de concurrence*, Europe, 2000, n° 71
- F. SOUTY**, *LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L'UNION EUROPEENNE*, Montchrestien, Paris, 1997
- J. STEENBERGEN**, *Decision-Making in Competition Cases: The Investigator, the Prosecutor and the Judge*, in *CURRENT AND FUTURE PERSPECTIVES ON EC COMPETITION LAW*, L. Gormley (ed.), Kluwer Law International, 1997, 101-108
- J. TEMPLE LANG**, *L'affaire Transocean Marine Paint*, CDE, 1975, 286-291
- J. TEMPLE LANG**, *The Position of Third Parties in EEC Competition Cases*, ELR, 1978, 177-190
- J. TEMPLE LANG**, *The powers of the Commission to order interim measures in competition cases*, CMLR, 1981, 49-61
- J. TEMPLE LANG**, *Judicial Review of Trade Safeguard Measures in the European Community*, in *ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (1985)*, B. Hawk (ed.), 1986, 641-693
- J. TEMPLE LANG**, *Decentralized Application of Community Competition Law*, World Competition, 1999, 3-11
- J. THIEFFRY, K. ARNOLD & P. VAN DOORN**, *Les Pouvoirs d'Enquête de la Commission C.E.E. en Droit de la Concurrence*, Gaz. Pal., 1990, 309-313
- J. THIESING, H. SCHRÖTER, I.F. HOCHBAUM**, *LES ENTENTES ET LES POSITIONS DOMINANTES DANS LE DROIT DE LA C.E.E.. Commentaire des articles 85 à 90 du Traité C.E.E. et de leurs textes d'application*, adapté de l'allemand par R. Dumey, Ed. Jupiter, Ed. de Navarre, Paris, 1977
- A. TRABUCCHI**, *Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria della concorrenza*, Rivista di diritto civile, 1973, 1, 497-520
- I. VAN BAEL**, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, CMLR, 1986, 61-90
- I. VAN BAEL**, *Discretionary powers of the Commission and their legal control in trade and antitrust matters*, in *LES POUVOIRS DISCRETIONNAIRES DES ETATS MEMBRES DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNE DANS LE DOMAINE DE LA POLITIQUE ECONOMIQUE ET LEURS LIMITES EN VERTU DU TRAITE C.E.E.*, J. Schwarze (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1988, 173-189
- G. VANDERSANDEN**, *Entente de la Quinine*, CDE, 1971, 327-355
- K. VAN MIERT**, *The proposal for a European competition agency*, Competition Policy Newsletter, 1996, vol. 2, n° 2, 1-4
- P. VERLOREN VAN THEMAAT**, *L'économie à travers le prisme du juriste*, RIDE, 1989, 133-162
- B. VESTERDORF**, *Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law*, CMLR, 1994, 77-104
- D. WAELBROECK**, *New Forms of Settlement of Antitrust Cases and Procedural Safeguards: Is Regulation 17 Falling into Abeyance?*, ELR, 1986, 268-280
- D. WAELBROECK & D. FOSSELARD**, *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge? — The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures*, YEL, 1994, vol. 14, 111-142
- R. WESSELING**, *CONSTITUTIONAL DEVELOPMENTS OF E.C. ANTITRUST LAW. The Transformation of Community Antitrust Law and its Implications*, Thèse Droit, EUL, Florence, 1999
- W.P.J. WILS**, *The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis*, ELR, 1997, 125-140

2.1. DROIT DU CONTROLE DES AIDES PUBLIQUES

- J. BIANCARELLI**, *Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques*, AJDA, 1993, 412-436.
- J.-Y. CHEROT**, *LES AIDES D'ETAT DANS LES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Economica, Paris, 1998
- E. COULON & S. CRAS**, *Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'Etat: les récentes évolutions dans l'application des articles 173 et 175 du traité CE*, CDE, 1999, 61-146
- I. CROZIER**, *L'OFFENSIVE DE LA CEE CONTRE LES AIDES NATIONALES*, Ed. Apogée, Rennes, 1993

L. GYSELEN, *La transparence en matière d'aides d'Etat: les droits des tiers*, CDE, 1993, 417-444

M.-A. HERMITTE, *Aides des Etats membres*, J.-Cl. Europe, Fasc. 1520

L. IDOT, *La jurisprudence du Tribunal en matière d'aides d'Etat*, Europe, 1998, Chron. n° 9

J.-P. KEPPELNE, *(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'Etat*, RMUE, 1998/2, 125-156

J.-P. KEPPELNE, *GUIDE DES AIDES D'ETAT EN DROIT COMMUNAUTAIRE. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999

H. LEHMAN, *Les droits de la défense de l'entreprise bénéficiaire d'une aide d'Etat*, Gaz. Pal., 3 décembre 1996, 1471-1477

M. PITTIE & W. EYSKENS, *La récupération des aides communautaires contraires au traité CE*, JTDE, 1998, 73-80

G.M. ROBERTI, *Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales*, AJDA, 1993, 397-411

C. ROUAM, *LE CONTROLE DES AIDES D'ETAT AUX ENTREPRISES DE L'UNION EUROPEENNE*, Economica, Paris, 1998

A. SINNAEVE & P.J. SLOT, *The New Regulation on State Aid Procedures*, CMLR, 1999, 1153-1194.

M.P. SMITH, *Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy*, JCMS, 1998, 55-78

A. WINCKLER, *La procédure de contrôle des aides d'Etat devant la Commission. Vers un statut du plaignant?*, in *LES AIDES D'ETAT EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruylant, Bruxelles, 1999, 255-286

J.A. WINTER, *The Rights of Complainants in State Aid Cases: Judicial Review of Commission Decisions Adopted under Article 88 (ex 93) EC*, CMLR, 1999, 521-568

2.2. DROIT DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

D. BERLIN, *CONTROLE COMMUNAUTAIRE DES CONCENTRATIONS*, Pedone, Paris, 1992

J. BIANCARELLI, *Le contentieux des concentrations devant le juge communautaire*, in *LE CONTROLE JURIDICTIONNEL EN MATIERE DE DROIT DE LA CONCURRENCE ET DES CONCENTRATIONS*, TPICE, Office des publications officielles des C.E., Luxembourg, 1994, 55-65

J. BIANCARELLI & B. GENESTE, *Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridictionnelle des entreprises en droit de la concurrence et des concentrations*, RAE, 1994/4, 23-34

C.J. COOK & C.S. KERSE, *EC MERGER CONTROL*, Sweet & Maxwell, London, 3rd ed., 2000

J.-L. DECHERY, *Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations*, RTDE, 1990, 307-328

J.-P. GUNTHER & A. WACHSMANN, *Contrôle communautaire des concentrations: Pouvoir de « nuisance » et voies de recours des tiers*, JCP, Ed. E, 1995, 209-213; 217-224.

F.-C. JEANTET, *Le rôle préventif du contrôle communautaire des opérations de concentrations*, Dalloz, 1991, Chron. 5

E. JUHEL, *Les engagements acceptés lors du contrôle des concentrations*, RAE, 1996, 39-46

G. KARYDIS, *Le contrôle des concentrations entre entreprises en vertu du règlement 4064/89 et la protection des intérêts légitimes des tiers*, CDE, 1997, 81-139

J.-P. DE LA LAURENCIE, *Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid à contentieux*, Dalloz, Chron., 1990, 141-146

M. MOTTA, *Economic Analysis and EC Merger Policy*, EUI, WP RSC, 2000/3, Florence, 2000

U.C. MOUSSIS, *L'influence française et allemande dans la conception du règlement communautaire sur les concentrations*, RMUE, 1995, 396-404

O. D'ORMESSON & S. KERJEAN, *Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle des concentrations*, RTDE, 1998, 479-513

A. PAPPALARDO, *Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations*, RIDE, 1990, 3-65

A. PAPPALARDO, *Les nouvelles règles en matière de contrôle communautaire des concentrations d'entreprises*, RIDE, 1998, 177-230

E. SCHWARTZ, *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control*, Yale Journal of International Law, 1993, 607-662

M. VAN DER WOUDE & A. DUMAS-EYMARD, *European Union*, in *MERGER CONTROL IN THE EU*, P. Verloop (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 3rd. ed., 1999, 1-31

J. ZACHMANN, *LE CONTROLE COMMUNAUTAIRE DES CONCENTRATIONS*, LGDJ, Paris, 1994

2.3. DROIT DU CONTROLE ANTIDUMPING

A. ARNULL, *Challenging EC Antidumping Regulations: The Problem of Admissibility*, ECLR, 1992, 73-81

J.-F. BELLIS, *Judicial Review of EEC Anti-dumping after 'Fediol': The Emergence of a New Admissibility Test*, CMLR, 1984, 539-551

- J.-F. BELLIS, *La réglementation anti-dumping de la Communauté économique européenne*, CDE, 1979, 495-529
- J. BOUDANT, *L'ANTI-DUMPING COMMUNAUTAIRE*, Economica, Paris, 1991
- O.W. BROUWER & F. CARLIN, *Qualité pour agir dans les procédures anti-dumping après l'arrêt Extramet*, DPCI, 1991, 243-267
- F. CASTILLO DE LA TORRE, *Anti-dumping policy and private interest*, ELR, 1992, 344-352
- J.-L. DELVOLLE, *Le respect des droits de la défense dans les procédures anti-dumping, anti-subsventions*, DPCI, 1991, 226-242
- P. DIDIER, *Le Code anti-dumping du Cycle de l'Uruguay : impact dans la Communauté*, CDE, 1994, 251-326
- M.-A. HERMITTE, *Dumping en droit communautaire*, J.-Cl. Europe, Fasc. 2310
- V. LANDES & G. LORIOT, *La nouvelle réglementation antidumping communautaire. De omni re scibili...*, Europe, 1995, Chron. n° 5
- H. LESGUILLONS, *LE REGIME COMMUNAUTAIRE DE PROTECTION CONTRE LE DUMPING ET LES SUBVENTIONS*, Feduci, Paris, 1983
- C. LOPEZ-JURADO & R. DE LA CRUZ, *EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD COMUNITARIA EN MATERIA DE DUMPING Y DE SUBVENCION*, Universidad de Granada, Granada, 1993
- A. MASTROPASQUA, *LE MARCHE COMMUN ET LA DEFENSE CONTRE LE DUMPING. De la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Guido Pastena Editore, Roma, 1965
- W. MULLER, N. KAHN & H.-A. NEUMANN, *EC ANTI-DUMPING LAW. A Commentary on Regulation 384/96*, John Wiley & Sons, Chichester, 1998
- C. NORALL, *Judicial review of anti-dumping measures — further developments*, ELR, 1984, 46-51
- J. SCHWARZE, *Contrôle juridictionnel des décisions prises en matière d'antidumping*, DCSI, 1989, 549-562
- C. STANBROOK & P. BENTLEY, *DUMPING AND SUBSIDIES. The Law and Procedures Governing the Imposition of Anti-dumping and Countervailing Duties in the European Community*, Kluwer Law International, The Hague, 1996
- I. VAN BAELE & J.-F. BELLIS, *ANTI-DUMPING AND OTHER TRADE PROTECTION LAWS OF THE EC*, CCH Europe, Illinois, USA, 1996
- E. VERMULST & P. WAER, *E.C. ANTI-DUMPING LAW AND PRACTICE*, Sweet & Maxwell, London, 1996

2.4. DROIT DU CONTROLE DES ENTREPRISES PUBLIQUES

- A. DECOCQ, *Les pouvoirs de la Commission selon l'article 90, § 3, du traité instituant la Communauté européenne*, in *L'UNITE DU DROIT. Melanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, 203-224
- F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90, § 3, du traité de Rome*, RMC, 1994, 601-610
- L. M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du traité CEE. Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission*, RTDE, 1991, 187-209
- M. RANTALA & V. KRONENBERGER, *Les droits des tiers dans la procédure d'adoption des décisions de l'article 90, § 3, du traité instituant la Communauté européenne*, JTDE, 1997, 169-173

3. DROIT DU MARCHE UNIQUE EUROPEEN & POLITIQUES DE LA REGULATION SOCIALE

- V. ADAM & C. BLUMANN, *La politique agricole commune dans la tourmente: la crise de la vache folle*, RTDE, 239-293
- F. AUBRY-CAILLAUD, *NOUVELLE APPROCHE ET NORMALISATION EUROPEENNE EN MATIERE DE LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES*, Pedone, Paris, 1998
- M. BELANGER, *LES COMMUNAUTES EUROPEENNES ET LA SANTE*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1985
- M. BELANGER, *Les bases juridiques de la politique communautaire de la santé*, RMC, 1989, 564-569
- C.J. BERR & H. TREMEAU, *LE DROIT DOUANIER COMMUNAUTAIRE ET NATIONAL*, Economica, Paris, 4ème éd., 1997
- R. BIEBER, R. DEHOUSSE, J. PINDER, J.H.H. WEILER (eds.), 1992: *ONE EUROPEAN MARKET? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, Nomos, Baden-Baden, 1988
- L. BOY, *L'éco-label communautaire, un exemple de droit post-moderne*, RIDE, 1996, 69-97
- A. CASALONGA, *La pratique de l'opposition (le point de vue des déposants)*, RAE, 1998, 345-359
- M. CASSAN, *L'EUROPE COMMUNAUTAIRE DE LA SANTE*, Economica, Paris, 1989
- D. CHALMERS, *Inhabitants in the Field of EC Environmental Law*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW*, P. Craig & G. de Búrca (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, 653-691
- U. COLLIER, *Sustainability, Subsidiarity and Deregulation: New Directions in EU Environmental Policy*, Environmental Politics, Vol. 6, No. 2, 1997, 1-23
- P. DEBOYSER, *Les nouvelles procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments*, RMUE, 1995/4, 31-78

- R. DEHOUSSE, *Integration v. Regulation? On the Dynamics of Regulation in the European Community*, JCMS, 1992, 383-402
- G. DRUESNE, *DROIT ET POLITIQUES DE LA COMMUNAUTE ET DE L'UNION EUROPEENNE*, PUF, Paris, 4ème éd., 1997
- L. DUBOIS & C. BLUMANN, *DROIT COMMUNAUTAIRE MATERIEL*, Montchrestien, Paris, 1999
- P.-M. DUPUY, *Le droit à la santé et la protection de l'environnement*, in *LE DROIT DE LA SANTE EN TANT QUE DROIT DE L'HOMME*, R.-J. Dupuy (éd.), Académie de droit international de La Haye, Sijhoff & Noordhoff, La Haye, 1979, 340-427
- C.D. EHRLERMANN, *The Internal Market Following the Single European Act*, CMLR, 1987, 361-409, not. 381-398
- C.D. EHRLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, RMC, 1995, 220-227
- V. EICHENER, *Social Dumping or Innovative Regulation? Processes and Outcomes of European Decision-Making in the Sector of Health and Safety at Work Harmonization*, EUI, WP SPS, Florence, 92/28, 1992
- M. FALLON, *DROIT MATERIEL DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Louvain-La-Neuve, 1997
- E. GASTINEL, *LA MARQUE COMMUNAUTAIRE*, LGDJ, Paris, 1998
- A. MCGEE & S. WAETHERILL, *The Evolution of the Single Market — Harmonisation or Liberalisation*, MLR, 1990, 578-596
- L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRLING & C. JACQUET, *Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé*, RMUE, 1999/1, 79-128
- R. GOSALBO BONO, *Les politiques et actions communautaires*, RTDE, 1997, 769-795
- N. DE GROVE-VALDEYRON, *Libre circulation et protection de la santé publique: la crise de la vache folle*, RMC, 1996, 759-767
- N. DE GROVE-VALDEYRON, *La protection de la santé et de la sécurité du consommateur à l'épreuve de l'affaire de la dioxine*, RMC, 1999, 700-707
- C. HENIN, *LE MEDICAMENT EN DROIT COMMUNAUTAIRE*, Ed. de la Santé, Paris, 1997
- C. JOERGES, *The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community in the Rebirth of the Regulatory Politics*, EIoP, Vol. 1, 1997, n° 19
- L. KRÄMER, *EEC CONSUMER LAW*, Kluwer, Deventer, 1986
- L. KRÄMER, *L'environnement et la Marché unique européen*, RMUE, 1993/1, 45-70
- L. KRÄMER, *EC ENVIRONMENTAL LAW*, Sweet & Maxwell, London, 4th ed., 2000
- C. KYE (ed.), *LES POLITIQUES COMMUNAUTAIRES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET DE L'ENVIRONNEMENT*, Story-Scientia, Bruxelles, 1995
- L. LAVRYSEN, *Good intentions and less good results: the five environmental action programmes and their translation into secondary legislation*, RAE, 1999, 298-323
- R. MACRORY, *Environmental Law: Shifting Discretions and the New Formalism*, in *FRONTIERS OF ENVIRONMENTAL LAW*, O. Lomas (ed.), Chancery Law Publishing, London, 1991, 8-23
- G. MAJONE (ed.), *DEREGULATION OR RE-REGULATION? Regulatory Reform in Europe and The United States*, Pinter, London, 1990
- G. MAJONE, *The E.C. between Social Policy and Social Regulation*, EUI, WP, 92/27, 1992
- G. MAJONE, *Mutual Recognition in Federal Type Systems*, EUI, WP SPS, 93/1, Florence, 1993
- G. MAJONE, *Communauté Economique Européenne: Déréglementation ou re-réglementation? La conduite des politiques publiques depuis l'Acte unique*, in *LE TOURNANT NEO-LIBERAL EN EUROPE*, B. Jobert (dir.), L'Harmattan, Paris, 1994, 233-269
- G. MAJONE, *LA COMMUNAUTE EUROPEENNE: UN ETAT REGULATEUR*, Montchrestien, Paris, 1996
- J.-C. MASCLLET, *La normalisation européenne: bon serviteur, mauvais maître?*, in *L'ENTREPRISE DANS LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Travaux de la CEDECE, La Documentation française, Paris, 1995, 385-401
- A. MATTERA, *L'arrêt « Cassis de Dijon »: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur*, RMC, 1980, 505-514
- A. MATTERA, *LE MARCHE UNIQUE EUROPEEN*, Ed. Jupiter, Paris, 2ème éd., 1990
- J. McMILLAN, *Qu'est-ce que la normalisation?*, RMC, 1985, 93-98
- J. McMILLAN, *La « certification », la reconnaissance mutuelle et le marché unique*, RMUE, 1991, 181-211
- F. OST, *L'auto-organisation écologique des entreprises: un jeu sans conflits et sans règles?*, RIEJ, 1998, n° 28, 147-178
- M. PALLEMAERTS, *The decline of law as an instrument of Community environmental policy*, RAE, 1999, 338-354
- J. PELKMANS, *The New Approach to Technical Harmonization and Standardization*, JCMS, 1987, 249-269
- J. PELKMANS & A. VOLLEBERGH, *The Traditional Approach to Technical Harmonization: Accomplishments and Deficiencies*, in *COMING TO GRIPS WITH THE INTERNAL MARKET*, J. Pelkmans & M. Wanheukelen (eds.), Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1986, 9-30
- F. PERALDI-LENEUF, *LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE D'HARMONISATION TECHNIQUE ET DE NORMALISATION. Etude d'une nouvelle modalité de régulation*, Thèse Droit, Strasbourg, 1996
- F. PICOD, *Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs*, in *VERS UN CODE EUROPEEN DE LA CONSOMMATION*, F. Osman (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, 73-85

- E. REHBINDER & R. STEWART, *ENVIRONMENTAL PROTECTION POLICY*, in *INTEGRATION THROUGH LAW. Europe and the American Federal Experience*, vol. 2, M. Cappelletti, M. Secombe & J. Weiler (eds.), Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985
- J. REPUSSARD, *Les normes techniques au service de la construction européenne*, RMC, 1996, 222-227
- R. O'ROURKE, *EUROPEAN FOOD LAW*, Palladian Law Publishing Ltd, Bembridge, 1998
- N. DE SADELEER, *LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES DECHETS*, LGDJ, Bruylant, Paris, Bruxelles, 1995
- C. SCHMITTER, *Sécurité des aliments. La gestion des crises dans la Communauté européenne et les Etats membres*, JTDE, 2000, 97-105
- E. SCHWARZENBRUNNER, *De quelques orientations communautaires en matière de politique alimentaire*, Revue européenne de droit de la consommation, 1998, 208-209
- E. STEYGER, *European Community Law and the Self-Regulatory Capacity of Society*, JCMS, 1993, 171-190
- P. THIEFFRY, *La protection de l'environnement, la liberté du commerce et la concurrence*, JCP, Ed. E., n° spécial, 1994, 18-26
- P. THIEFFRY, *DROIT EUROPEEN DE L'ENVIRONNEMENT*, Dalloz, Paris, 1998
- I. VACARIE & A. SUPLOT, *Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques)*, Droit social, 1993, 18-28
- J.-L. VALVERDE, A.J. PIQUERAS GARCIA & M.D. CABEZAS LOPEZ, *La « nouvelle approche » en matière de santé des consommateurs et de sécurité alimentaire: la nécessité d'une agence européenne de sécurité des aliments*, RMUE, 1997/4, 31-58
- B. VIALE, *En réponse à la crise de la Vache Folle, plaidoyer en faveur d'une politique communautaire de l'alimentation*, Revue de droit rural, 1997, 158-165
- D. WAELBROECK, *L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE*, CDE, 1988, 243-275
- R. WAGENBAUR, *The Protection of the Environment at the European Community Level and the Need for Risk Assessment*, Columbia Journal of European Law, 1995, 453-467

3.1. INSTITUTIONS, PRINCIPES & PROCEDURES DE LA REGULATION SOCIALE

- U. AYBERK & F.-P. SCHENKER, *Des lobbies européens entre pluralisme et clientélisme*, RFSP, 1998, 725-755
- M. AYRAL, *Essai de classification des groupes et comités*, RMC, 1975, 330-341
- U. BECK, *L'ère du risque*, Le Monde des Débats, n° 8, novembre 1999
- F. BERROD & D. RITLENG, *Le Tribunal développe une conception extensive du principe démocratique...*, Europe, 1998, n° 268
- L. BETTEN, *The Democratic Deficit of Partipatory Democracy in Community Policy Law*, ELR, 1998, 20-36
- F. BIGNAMI, *Accountability and Interest Group Participation in Comitology. Lessons from American Rulemaking*, EUI, WP RSC, 99/3, Florence, 1999
- M. BLANQUET, *Le contrôle parlementaire européen sur la crise de la vache folle*, RMC, 1998, 457-470
- C. BLUMANN, *Comitologie*, in *DICTIONNAIRE JURIDIQUE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES*, A. Barav & C. Philip (éd.), PUF, Paris, 1993
- C. BLUMANN, *Le Parlement européen et la comitologie: une complication pour la Conférence intergouvernementale de 1996*, RTDE, 1996, 1-23
- J. BOUDANT, *Les institutions communautaires face à la crise. Le recours des comités d'experts ou la perversion de la décision communautaire*, Revue de droit rural, 1997, 207-213.
- P. BOURDEAU, *L'Agence Européenne de l'Environnement ou l'information comme instrument de politique environnementale*, RAE, 1999, 444-447
- K.C. BRADLEY, *The European Parliament and Comitology: On the Road to Nowhere?*, ELJ, 1997, 230-254
- T. BUNDGAARD-PEDERSEN, *Multi-level Governance: With or Without the State? The Changing Governance of Technical Standardization in Europe*, The European Policy Process, Occasional Paper n° 36/1997, University of Essex, 1997
- D. DE CROMBRUGGHE, *Le projet de statut pour l'association européenne*, in *CITOYENS ET POUVOIRS EN EUROPE*, V. de Coorebyter (dir.), Syros, Paris, 1993, 141-150
- R. DEHOUSSE, *Regulation by network in the European Community: the role of European agencies*, JEPP, 1997, 246-261
- M. EGAN & D. WOLF, *Regulation and Comitology: The EC Committee System in Regulatory Perspective*, Columbia Journal of European Law, 1998, 499-523
- E. FISHER, *Drowning by Numbers: Standard Setting in Risk Regulation and the Pursuit of Accountable Public Administration*, OJLS, 2000, 109-130
- E. FRANSSEN & A.T.J.M. JACOBS, *The question of representativity in the European Social Dialogue*, CMLR, 1998, 1295-1312
- D. GADBIN, *L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire*, RTDE, 2000, 1-46

- T. GARCIA, *Crise de la vache folle, crise dans l'Union européenne*, RMC, 1997, 243-252
- N. GERARD, *Access to Justice on Environmental Matters — a case of Double Standards?*, Journal of Environmental Law, 1996, 139-157
- O. GODARD, *De l'usage du principe de précaution en univers controversé*, Futuribles, février-mars 1999, 37-60
- O. GODARD, *Le principe de précaution: une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie*, Philosophie politique, 2000, n° 11, 17-56
- J. GREENWOOD & K. RONIT, *Interest groups in the European Community: Newly Emerging Dynamics and Forms*, West European Politics, vol. 17, n° 1, 1994, 31-52
- C. HARLOW, *A Community of Interests? Making the Most of European Law*, MLR, 1992, 331-350
- M.-A. HERMITTE, *Conclusion*, in *LE DROIT DU GENIE GENETIQUE VEGETAL*, M.-A. Hermitte (dir.), Librairies Techniques, Paris, 1987, 251-253
- M.-A. HERMITTE, *L'Expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts*, Justices, 1997, n° 8, 79-103
- M.-A. HERMITTE & C. NOIVILLE, *L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1er juillet 1998 sur la sécurité sanitaire*, Gaz. Pal., 24 octobre 1998, 1423-1430
- V. HEYVEART, *Access to Information in a Deregulated Environment*, in *DEREGULATION IN THE EUROPEAN UNION. ENVIRONMENTAL PERSPECTIVES*, U. Collier (ed.), Routledge, London & New York, 1998, 55-74
- V. HEYVAERT, *The changing role of science in environmental regulatory decision-making in the European Union*, RAE, 1999, 426-443
- A. IOAKIMIDIS, *La politique de la Communauté européenne à l'égard des associations sans but lucratif et le projet de règlement portant statut de l'association européenne*, in EDCE, n° 51, La Documentation française, Paris, 2000, 407-422
- T. JEAN, *Lobbying communautaire: stratégies et modèles*, Revue française de gestion, 1992/3, 17-31
- C. JOERGES, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, EUI, WP RSC, 96/10, Florence, 1996
- C. JOERGES, K.-H. LADEUR & E. VOS (Eds.), *INTEGRATING SCIENTIFIC EXPERTISE INTO REGULATORY DECISION-MAKING. National Traditions and European Innovations*, Nomos, Baden-Baden, 1997
- C. JOERGES & E. VOS (eds.), *EU COMMITTEES: SOCIAL REGULATION, LAW AND POLITICS*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- C. JOERGES, *Law, Science and the Management of Globalizing Markets*, Lecture Madison WI, April 1999
- D.T. KEELING, *The decisions of the OHIM Boards of Appeal*, RAE, 1998, 360-364
- E.R. KLATTE, *The principle of integration after 25 years of Community environmental policy*, RAE, 1999, 370-378
- H. KORTENBERG, *Comitologie: le retour*, RTDE, 1998, 317-327
- L. KRÄMER, *Public Interest Litigation in Environmental Matters Before European Courts*, Journal of Environmental Law, 1996, n° 1, 1-18
- A. KREHER, *Agencies in the European Community: A Step towards Administrative Integration in Europe*, EUI, RSC Conference, Florence, 1997
- A. KREHER (ed.), *THE EC AGENCIES BETWEEN COMMUNITY INSTITUTIONS AND CONSTITUENTS: AUTONOMY, CONTROL AND ACCOUNTABILITY*, EUI, RSC, Florence, 1998
- K.-H. LADEUR, *The New European Agencies. The European Environment Agency and Prospects for a European Network of Environmental Administrations*, EUI, WP RSC, 96/50, Florence, 1996
- C. LANDFRIED, *Beyond Technocratic Governance: The Case of Biotechnology*, ELJ, 1997, 255-272
- P. LASCOUMES, *L'expertise peut-elle être démocratique?*, Le Monde des Débats, n° 8, novembre 1999
- A.M. McLAUGHLIN, G. JORDAN & W.A. MALONEY, *Corporate Lobbying in the European Community*, JCMS, 1993, 191-212
- A.M. McLAUGHLIN & J. GREENWOOD, *The Management of Interest Representation in the European Union*, JCMS, 1995, 143-156
- R.H. LAUWAARS, *Auxiliary Organs and Agencies in the E.E.C.*, CMLR, 1979, 365-387
- V. LECOCQ, *Le lobbying européen: information ou manipulation?*, RMC, 1991, 400-403
- V. LECOCQ, *Quand l'entreprise dialogue avec la Commission. Un entretien avec Pierre E. Longin*, RAE, 1993/3, 75-77
- K. LENAERTS & A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the E.U.? The Contribution of the New Comitology Decision*, CMLR, 2000, 645-686
- S. LEUBUSCHER, *Parallel decision-making: the use of committees in the area of EC waste management law*, RAE, 407-419
- A. LYON-CAEN, *Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en oeuvre du droit communautaire*, Droit social, 1997, 68-74
- G. MAJONE, *Independence vs Accountability*, EUI, WP SPS, 94/3, Florence, 1994
- G. MAJONE, *The new European agencies: regulation by information*, JEPP, 1997, 262-275
- A. MANGAS MARTIN, *Pluralisme politico-social et processus décisionnel au sein des institutions communautaires*, in *MELANGES EN HOMMAGE A MICHEL WAELEBROECK*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 483-496
- J.-P. MARGUENAUD, *Le droit à « l'expertise équitable »*, Dalloz, Chron., 2000, 111-115

- S. MAZEY & J. RICHARDSON, *Environmental Groups and the EC: Challenges and Opportunities*, in *A GREEN DIMENSION FOR THE E.C. POLITICAL ISSUES AND PROCESSES*, D. Judge (ed.), Frank Cass, London, 1993, 109-128
- M.-A. MOREAU, *Sur la représentativité des partenaires sociaux européens*, *Droit social*, 1999, 53-59
- I. MULLER, *Les organismes communautaires décentralisés*, *Petites affiches*, 22 janvier 1993, 23-30
- E. NAIM-GESBERT, *LES DIMENSIONS SCIENTIFIQUES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-Vubpress, Bruxelles, 1999
- W. NICOLL, *Qu'est-ce que la comitologie?*, *RMC*, 1987, 185-187
- J.-D. NUTTENS, *La « comitologie » et la Conférence intergouvernementale*, *RMC*, 1996, 314-327
- R.H. PEDLER & G.F. SCHAEFER (eds.), *SHAPING EUROPEAN LAW AND POLICY. The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1996
- B. PEINEMANN, *Consultation at the Commission Level Socio-Professional Advice: Advisory Committee on Foodstuffs*, *LE DROIT DE L'ALIMENTATION DANS L'EUROPE D'AUJOURD'HUI*, A. Gérard (éd.), Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1987, 137-143
- Y. PETIT, *A propos du rapport de la commission d'enquête temporaire du Parlement européen sur la maladie de la « vache folle »*, *Europe*, 1997, *Chron.* n° 7
- M. PETITE, *Les lobbies européens*, *Pouvoirs*, 1989, n° 48, 95-103
- E. PREVIDI, *Network Structure and Interaction of European Governmental and Non-Governmental Actors in the Field of Standardization*, EUI, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996
- C. REICH, *Le Parlement européen et la « comitologie »*, *RMC*, 1990, 319-323
- O. RENN, T. WEBLER & P. WIEDEMANN (eds.), *FAIRNESS AND COMPETENCE IN CITIZEN PARTICIPATION. Evaluation Models for Environmental Discourse*, Kluwer, Dordrecht, 1995,
- J. RICHARDSON, *Policy-making in the EU. Interests, ideas and garbage cans of pimeval soup*, in *EUROPEAN UNION. Power and Policy-Making*, J. Richardson (ed.), Routledge, London, 1996, 3-23
- J. RIDEAU, *Chronique européenne — la comitologie*, *AEAP*, 1987, 739-758
- J. RIDEAU, *Les groupes d'intérêt dans le système institutionnel communautaire*, *RAE*, 1993/3, 49-73
- J.L. SAURON, *Comitologie: comment sortir de la confusion?*, *RMUE*, 1999/1, 31-78
- S. SCHIKHOF, *Direct and Individual Concern in Environmental Cases: The Barriers to Prospective Litigants*, *European Environmental Law*, October 1998, 276-281
- D. SCHINDLER, *Problems of decision-making by way of the management committee procedure in the European Economic Community*, *CMLR*, 1971, 184-205
- M. SHAPIRO, *Agencies in the European Union: An American Perspective*, in *THE NEW EUROPEAN AGENCIES*, EUI, WP RSC, 96/49, Florence, 1996
- M. SHAPIRO, *The problems of independant agencies in the United States and the European Union*, *JEPP*, 1997, 276-281
- S. SMISMANS, *An Economic and Social Committee for the Citizen, or a Citizen for the Economic and Social Committee*, *European Public Law*, 1999, 557-582
- P.L. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch of Government*, *CLR*, 1984, 573-669
- W. STREECK & P.C. SCHMITTER, *From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market*, *Politics and Society*, 1991, n° 2, 133-164
- E. VOS, *INSTITUTIONAL FRAMEWORKS OF COMMUNITY HEALTH AND SAFETY REGULATION. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- H. WALLACE & A.R. YOUNG (ed.), *PARTICIPATION AND POLICY-MAKING IN THE EUROPEAN UNION*, Clarendon Press, Oxford, 1997

4. ADMINISTRATIONS EN EUROPE & ADMINISTRATION COMMUNAUTAIRE (droit, organes, procédures)

- M. AIROLDI, *LINEAMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO COMUNITARIO*, Giuffrè Editore, Milano, 1990
- R. BARENTS, *THE AGRICULTURAL LAW OF THE EC. An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, Kluwer, Deventer, 1994
- P.G. BONNOR, *The European Ombudsman: A Novel Source of Soft Law in the European Union*, *ELR*, 2000, 39-56
- F. CAILLETEAU, *Le contrôle des fonds communautaires: un nouveau métier pour l'administration française*, *Politiques et Management public*, Vol. 15, n° 3, septembre 1997, 13-23
- G. DELLA CANANEA, *I PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DELLA COMMUNITA EUROPEA*, Thèse EUI, Florence, 1994
- G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi della Comunità Europea*, in *TRATTATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO*, M. Chiti & G. Greco (dir.), Giuffrè Editore, Milano, 1997, vol. I, 225-251
- S. CASSESE (dir.), *L'ADMINISTRATION EUROPEENNE*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruxelles, 1987
- E. CHITI, *The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies*, *CMLR*, 2000, 309-343

- M.P. CHITI, *DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO*, Giuffrè Editore, Milano, 1999
- M. CINI, *La Commission européenne: lieu d'émergence de cultures administratives. L'exemple de la DG IV et de la DG XI*, RFSP, 1996, 457-472
- M. CINI, *THE EUROPEAN COMMISSION: Leadership, Organization and Culture in the EU Administration*, Manchester University Press, Manchester, 1996
- L. DUBOIS, *Le droit communautaire a-t-il un impact sur la définition du droit administratif?*, AJDA, 20 juin 1996 n° spécial, 102-108
- O. DUE, *Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire*, CDE, 1987, 383-396
- J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le principe de légalité*, AJDA, n° spécial, 20 juin 1996, 161-167
- G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, RIDPC, 1991, 351-370
- C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot*, ELJ, 1996, 3-25
- C. HARLOW, *European Administrative Law and the Global Change*, EUI, WP RSC, 98/23, 1998
- K. LENAERTS & J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community administrative Process*, CMLR, 1997, 531-569
- G. MARCOU (dir.), *LES MUTATIONS DU DROIT DE L'ADMINISTRATION EN EUROPE. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995
- H. NEHL, *PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN EC LAW*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- E. NOEL, *Une administration engagée*, in *L'ADMINISTRATION A L'HEURE DU CHOIX*, J. Jamar & W. Wessels (éd.), Collège d'Europe, Bruges, 1985, 5-7
- G. NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law — A Comparison in Historical Perspective*, MLR, 1994, 191-212
- J. RIDEAU, *Le système communautaire et le modèle européen d'administration publique*, AEAP, 1987, 279-296
- J. RIDEAU, *Traité constitutifs et Administrations dans l'Union et les Communautés européennes*, AEAP, 1993, 239-277
- J. RIDEAU, *L'administration répressive communautaire*, AEAP, 1995, 219-258
- J. RIVERO, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, in *NEW PERSPECTIVES FOR A COMMON LAW OF EUROPE*, M. Cappelletti (dir.), EUI, Florence, 1978, 389-406
- J. SCHWARZE, *The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights*, CMLR, 1986, 401-417
- J. SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, Sweet & Maxwell, Luxembourg, London, 1992
- J. SCHWARZE, *Tendances vers un droit administratif commun en Europe*, RTDE, 1993, 235-245
- J. SCHWARZE, *Sources of European Administrative Law*, in *THE CONSTRUCTION OF EUROPE. Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer, Dordrecht, 1994, 183-196
- M. SHAPIRO, *Codification of Administrative Law: The US and the Union*, ELJ, 1996, 26-47
- H. SIEDENTPOF & J. ZILLER, *L'EUROPE DES ADMINISTRATIONS? La mise en œuvre de la législation communautaire dans les Etats membres*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruylant, Bruxelles, 3 vol., 1988
- D. SIMON, *Violation du principe de bonne administration*, Europe, 1999, n° 333
- D. TRIANTAFYLLOU, *DES COMPETENCES D'ATTRIBUTION AU DOMAINE DE LA LOI. Etude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997
- J.A. USHER, *The "Good Administration" of European Community Law*, Current Legal Problems, 1985, 269-287
- A. WEBER, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della comunità europea*, RIDPC, 1992, 393-412
- W. WESSELS, *Administrative Interaction*, in *THE DYNAMICS OF EUROPEAN INTEGRATION*, W. Wallace (ed.), Pinter, London, 1990, 229-241
- W. WESSELS, *Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system*, JEPP, 1998, 209-234
- G. WINTER, *On the Effectiveness of the EC Administration: The Case of Environmental Protection*, CMLR, 1996, 689-717
- J. ZILLER, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, AJDA, 1999, 635-644
- J. ZILLER, *Les modèles européens d'administration. Retour vers le futur?*, RISA, à paraître, 2000
- J. ZILLER, *European Models of Government: A Patchwork with Missing Pieces?*, Parliamentary Affairs, à paraître, janvier 2001

4.1. DROIT PUBLIC NATIONAL, SCIENCE ADMINISTRATIVE & THEORIE DE L'ADMINISTRATION

- B.A. ACKERMAN, *RECONSTRUCTING AMERICAN LAW*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1984
- B.A. ACKERMAN, *WE THE PEOPLE. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991
- M. ADLER & S. ASQUITH (eds.), *DISCRETION AND POWER*, HEB, London, 1981
- J. ALLISON, *The Procedural Reason for Judicial Restraint*, Public Law, 1994, 452-473

- J.-M. AUBY, *La « Justice naturelle » et le problème de la procédure administrative non contentieuse dans le système juridique anglo-saxon*, in *SCIENCE ET ACTION ADMINISTRATIVE. Mélanges G. Langrod*, Les éditions d'organisation, Paris, 1980, 375-383
- J.-M. AUBY & R. DRAGO, *TRAITE DE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, LGDJ, Paris, 3ème éd., 1984
- J.-L. AUTIN, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation*, RDP, 1988, 1213-1227
- B. BAILLEUL & A. TROIANIELLO, *Le juge administratif à l'épreuve du fait*, RRJ, 1999, 847-872
- R. BALDWIN, *RULES AND GOVERNMENT*, Clarendon Press, Oxford, 1995
- R. BALDWIN & K. HAWKINS, *Discretionary Justice: Davis Reconsidered*, Public Law, 1984, 570-599
- J. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in *NEW DIRECTIONS IN EUROPEAN PUBLIC LAW*, J. Beason & T. Tridimas (eds.), Hart Publishing, Oxford, 1998, 147-167
- N. BELLOUBET-FRIER, *Conclusion*, in *LES ADMINISTRATIONS QUI CHANGENT. Innovations techniques ou nouvelles logiques?*, G. Timsit, A. Claisse & N. Belloubet-Frier (dir.), PUF, Paris, 1996, 220
- G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, Diritto e Società, 1980, n° 3, 437-458
- G. BLANC, *Motifs et motivation des décisions administratives*, Revue administrative, 1998, 495-500
- D. BOURCIEU & G. KOUBI, *Responsabilisation des décideurs et systèmes d'information*, AJDA, 1999, 3-10
- J.M. BRETON, *L'Etat et la légalité. Contribution à une dialectique de la démocratie*, RDP, 1997, 181-213
- J.-F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation*, AJDA, 1999, 847-859
- H. BUCH, *A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs*, in *MISCELLANEA W.J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH*, t. III, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 417-433
- M. BULLINGER, *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration en République fédérale d'Allemagne*, RFDA, 1988, 439-451; 684-690
- J. CAILLOSSE, *Le droit administratif français saisi par la concurrence?*, AJDA, 2000, 99-103
- C. CAMBIER, *PRINCIPES DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Larcier, Bruxelles, 1961
- G. CAPT, *LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES EN DROIT AMERICAIN*, Librairie Droz, Genève, 1989
- R. CARRE DE MALBERG, *CONTRIBUTION A LA THEORIE GENERALE DE L'ETAT*, Sirey, 1920, repr. CNRS, Paris, 1962
- S. CASSESE, *LE BASI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Einaudi, Torino, 1989
- S. CASSESE, *Les droits des administrés en Italie à la suite de la loi du 7 août 1990*, EDCE, 1991, n° 43, 251-255
- S. CASSESE, *Une des formes de l'Etat nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français*, AJDA, 20 juin 1995 spécial, 167-172
- R. CHAPUS, *DROIT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Montchrestien, Paris, 6ème éd., 1996
- J.-P. CHAUDET, *LES PRINCIPES GENERAUX DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1967
- J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *VARIATIONS AUTOUR DE L'IDEOLOGIE DE L'INTERET GENERAL*, CURAPP, PUF, Paris, 1978, 11-45
- J. CHEVALLIER, *L'analyse institutionnelle*, in *L'INSTITUTION*, CURAPP, PUF, Paris, 1981, 3-61
- J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP, 1986, I-3254
- J. CHEVALLIER, *Le mythe de la transparence administrative*, in *INFORMATION ET TRANSPARENCE*, CURAPP, PUF, Paris, 1988, 239-275
- J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'arrêt « Cadot »*, Revue Droits, 1989, 79-91
- J. CHEVALLIER, *Le concept d'intérêt en science administrative*, in *DROIT ET INTERET*, Vol. 1, P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (dir.), Publications des FUSL, Bruxelles, 1990, 135-163
- J. CHEVALLIER, *L'ETAT DE DROIT*, Montchrestien, Paris, 1992
- J. CHEVALLIER, *Des associations dans l'orbite de l'Etat?*, in *CITOYENS ET POUVOIRS EN EUROPE*, V. de Coorebyter (dir.), Syros, Paris, 1993, 67-77
- J. CHEVALLIER, *La juridicisation des préceptes managériaux*, Politiques et management public, 1993, vol. 11, n° 4, 120-124
- J. CHEVALLIER, *SCIENCE ADMINISTRATIVE*, PUF, Paris, 1986, 2ème éd., 1994
- J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK, *SCIENCE ADMINISTRATIVE*, LGDJ, Paris, 1978
- J. CHEVALLIER & D. LOSCHAK, *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'Administration française*, RFAP, 1982, 53-94
- M. CLIQUENNOIS, *Que reste-t-il des directives? A propos du vingtième anniversaire de l'arrêt Crédit foncier de France*, AJDA, 1992, 3-11
- J.-P. COLSON, *L'OFFICE DU JUGE ET LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, LGDJ, Paris, 1970
- A. COUDEVYLLE, *La notion de mandat en droit administratif*, AJDA, 20 septembre 1979, 7-12
- P.P. CRAIG, *Discretionary power in modern administration*, in *VERWALTUNGSERMESSEN IM MODERN STAAT*, M. Bullinger (ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, 79-111
- P.P. CRAIG, *PUBLIC LAW AND DEMOCRACY IN THE UNITED KINGDOM AND THE UNITED STATES OF AMERICA*, Clarendon Press, Oxford, 1990

- H.-M. CRUCIS**, *LES COMBINAISONS DE NORMES DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE FRANÇAISE. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de juge de l'excès de pouvoir*, LGDJ, Paris, 1991
- J.-F. DAVIGNON**, *Quelle place pour la répression administrative dans notre ordonnancement juridique?*, Petites affiches, 11 juillet 1997, 5-14
- K.C. DAVIS**, *DISCRETIONARY JUSTICE. A Preliminary Inquiry*, Urbana, University of Illinois Press, 1979
- C. DEBBASCH & J.-C. RICCI**, *CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Dalloz, Paris, 7ème éd., 1999
- B. DELAUNAY**, *L'AMELIORATION DES RAPPORTS ENTRE L'ADMINISTRATION ET LES ADMINISTRÉS. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Paris, 1993
- G. DELLIS**, *DROIT PENAL ET DROIT ADMINISTRATIF. L'influence des principes du droit répressif sur le droit administratif*, Thèse Droit, Paris II, 1994
- F. DELPERÉE** (dir.), *LA PARTICIPATION DIRECTE DES CITOYENS A LA VIE POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE*, Bruylant, Bruxelles, 1986
- E. DESDENTADO DAROCA**, *Administrative Discretion and Judicial Control. Proposal of a Theoretical Construction*, REDP, 1999, 1131-1153
- P. DEVOLVE**, *La notion de directive*, AJDA, 1974, 459-473
- F. DREYFUS**, *L'INVENTION DE LA BUREAUCRATIE. Servir l'Etat en France, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis (XVIIIe-XXe siècle)*, La Découverte, Paris, 2000
- L. DUGUIT**, *TRAITE DE DROIT CONSTITUTIONNEL*, t. III, Sirey, Paris, 1930
- P. DURET**, *PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE E LEGGITTIMAZIONE PROCESSUALE*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996
- C.F. EDLEY**, *ADMINISTRATIVE LAW. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven, 1990
- C. EISENMANN**, *COURS DE DROIT ADMINISTRATIF*, LGDJ, Paris, 1982
- P.-L. FRIER**, *L'URGENCE*, LGDJ, Paris, 1987
- G. FRUG**, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, HLR, 1984, Vol. 97, 1276-1387
- D.J. GALLIGAN**, *DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996
- D.J. GALLIGAN**, *Pouvoirs discrétionnaires et principe de légalité*, in *POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION ET PROBLEMES DE RESPONSABILITE*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997
- G. GANZ**, *QUASI-LEGISLATION*, Sweet & Maxwell, London, 1987
- Y. GAUDEMET**, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en France*, Dalloz, 1986, Chron. XVII
- Y. GAUDEMET**, *Les actions administratives informelles*, RIDC, 1994/2, 645-654
- B. GENEVOIS**, *Les principes généraux du droit (Aspects de droit administratif)*, RIDC, n° spécial, vol. 2, 1980, 286 et ss
- B. GENY**, *LA COLLABORATION DES PARTICULIERS AVEC L'ADMINISTRATION*, Sirey, Paris, 1930
- GERANDO**, *DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE. De la 16ème livraison de la revue Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, t. IV, 1822
- GERANDO**, *INSTITUTES DU DROIT ADMINISTRATIF OU ELEMENTS DU CODE ADMINISTRATIF*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1829
- M.S. GIANNINI**, *DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Giuffrè Editore, Milano, 1993
- L. GOLDENBERG**, *LE CONSEIL D'ETAT, JUGE DU FAIT. Etude sur l'administration des juges*, Librairie Dalloz, Paris, 1932
- C. HAGUENAU**, *Le domaine de la loi en droit français et en droit anglais*, Revue française de droit constitutionnel, 1995, 247-285
- C. HARLOW & R. RAWLINGS**, *LAW AND ADMINISTRATION*, Butterworths, London, 1997
- A. HAURIOU**, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *MELANGES R. CARRE DE MALBERG*, Paris, 1933, rééd. Topos Verlag AG/Librairie E. Duchemin, 1977, 233-240
- M. HAURIOU**, *PRINCIPES DE DROIT PUBLIC*, Sirey, Paris, 1910
- M. HAURIOU**, *PRECIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL*, Sirey, Paris, 2ème édition, 1929
- M. HAURIOU**, *PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF*, Sirey, Paris (1893), 12ème éd., 1933
- K. HAWKINS** (ed.), *THE USES OF DISCRETION*, Clarendon Press, Oxford, 1992
- J.-P. HENRI**, *Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste. Le contrôle du respect de l'obligation de diligence*, AJDA, 20 juin 1979, 17-26
- R. HOSTIOU**, *PROCEDURE ET FORMES DE L'ACTE ADMINISTRATIF UNILATERAL EN DROIT FRANÇAIS*, LGDJ, Paris, 1974
- G. ISAAC**, *LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE*, LGDJ, Paris, 1968
- D. JABBARI**, *Critical Theory in Administrative Law*, OJLS, 1994, 189-215
- B. JEANNEAU**, *LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE*, Sirey, Paris, 1954
- C. JOIN-LAMBERT** (dir.), *L'ETAT MODERNE ET L'ADMINISTRATION. Nouveaux contextes, nouvelles éthiques, nouveaux experts*, Paris, LGDJ, 1994
- J. KLUGER**, *L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RSCDPC, 1995, 505-529
- B. KRONPROBST**, *LA NOTION DE PARTIE ET LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR*, LGDJ, Paris, 1959
- G. LANGROD**, *Procédure administrative et Droit administratif*, RISA, 1956, n° 3, 8-77

- G. LANGROD (éd.), *LA CONSULTATION DANS L'ADMINISTRATION CONTEMPORAINE*, Cujas, Paris, 1972
- P. LEGENDRE, *Histoire de la pensée administrative française*, in *TRAITE DE SCIENCE ADMINISTRATIVE*, Mouton, Paris, La Haye, 1966, 5-79
- L. LINDSAY, *INDEPENDENT AGENCIES IN FRANCE AND IN BRITAIN. The Institution and its Constitutional Legitimacy*, LLM EUI, Florence, 1996
- L. LOPEZ-RODO, *La procédure administrative non contentieuse*, RDP, 1980, 607-628
- P. LOUIS-LUCAS, *Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction*, Recueil Dalloz, 1957, Chron., 115-120
- L. MANNORI, *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in *MAGISTRATI E POTERE NELLA STORIA EUROPEA*, R. Romanelli (ed.), il Mulino, Bologna, 1997, 39-65
- J.L. MASHAW, *BUREAUCRATIC JUSTICE. Managing Social Security Disability Claims*, Yale University Press, New Haven, 1983
- J.L. MASHAW, *DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE*, Yale University Press, New Haven, 1985
- J.L. MASHAW, *Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories of Legal Development*, Journal of Law, Economics and Organization, VI, 1990, 267-298
- J. MEGRET, *De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire*, EDCE, Paris, 1953
- J. MEGRET, *Le contrôle par le juge administratif de l'intervention économique de l'Etat dans les Etats membres des Communautés Européennes*, in *MISCELLANEA W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, t. III, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, 579-600
- F. MODERNE, *Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens*, RFDA, 1997, 1-26
- F. MODERNE, *Sur l'arbitraire législatif*, RFDA, 1999, 184-188
- N. MOLFESSIS, *LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT PRIVE*, LGDJ, Paris, 1997
- J. MORAND-DEVILLER, *Chronique de législation. Renforcement de la protection de l'environnement*, AJDA, 1995, 439-453
- J. MOREAU, *Le caractère réglementaire ou législatif des règles de procédure administrative contentieuse*, in *MELANGES OFFERTS A M. WALINE. Le juge et le droit public*, t. II, LGDJ, Paris, 1974, 635-652
- J. MOREAU, *Les conséquences des illégalités procédurales en droit administratif français*, REDP, Numéro hors série, 1993, 85-97
- J. MOREAU, *A la recherche de l'acte complexe: l'exemple du droit public français*, Droits, n° 7, 1988, 75-84
- R. MOULIN, *La règle d'examen particulier du dossier. Une extrapolation équivoque*, AJDA, 20 septembre 1980, 443-455
- J. MOURGEON, *LA REPRESSION ADMINISTRATIVE*, LGDJ, Paris, 1967
- R. ODENT, *CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*, Les Cours de Droit, IEP, Paris, 1980
- E. PICARD, *Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français*, RIDC, 1989, n° spécial, 295-319
- E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, 1998, n° spécial, 6-41
- M.-C. PONTHEOREAU, *LA RECONNAISSANCE DES DROITS NON-ECRITS PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES ITALIENNE ET FRANÇAISE. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, Paris, 1994
- J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore?*, Dalloz, 1998, 327-333
- M.-J. REDOR, *DE L'ETAT LEGAL A L'ETAT DE DROIT. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, P.U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1992
- R.B. REICH, *Public Administration and Public Deliberation: An Interpretative Essay*, Yale Law Journal, 1985, 1617-1641
- S. RIALS, *ADMINISTRATION ET ORGANISATION 1910-1930. De l'organisation de la bataille à la bataille de l'organisation dans l'administration française*, Beauchesne, Paris, 1977
- S. RIALS, *Pouvoir discrétionnaire*, Encyclopédie Dalloz, Contentieux administratif
- J. RIBS & R. SCHWARTZ, *L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes*, Gaz. Pal., 28-29 juillet 2000, 3-11
- G. RICHARDSON, *The Duty to Give Reasons: Potential and Practice*, Public Law, 1986, 437-469
- J. RIVERO, *LES LIBERTES PUBLIQUES*, PUF, Paris, 1973
- J. RIVERO, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, in *PAGES DE DOCTRINE*, LGDJ, Paris, 1980, Vol. I, 563-580
- J. RIVERO, *Conclusion générale du colloque*, in *LE DROIT AU CONTACT DE L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE*, CERCRID, Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 1989, 145-152
- J. RIVERO, *DROIT ADMINISTRATIF*, Dalloz, Paris, 1990
- J. RIVERO, *L'Etat moderne peut-il être encore un Etat de droit?*, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1957
- R. ROMI, *DROIT ET ADMINISTRATION DE L'ENVIRONNEMENT*, Montchrestien, Paris, 3ème éd., 1999
- D. ROUSSEAU, *Libertés politiques et droit de vote*, in *DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX*, M. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (éd.), Dalloz, Paris, 1994, 261-272
- D. ROUSSEAU, *Chronique de la jurisprudence constitutionnelle 1995-1996*, RDP, 1997, 13-69

- J.-I. SALAVERRIA**, *Principio de legalidad y discrecionalidad administrativa*, Revista española de derecho administrativo, 1996, 535-554
- O. SCHRAMECK**, *Quelques observations sur le principe du contradictoire*, in *L'ETAT DE DROIT. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, 629-640
- P. SELF**, *AN ENQUIRY INTO THE STRUCTURE AND PROCESSES OF MODERN GOVERNMENT*, George Allen and Unwin, London, 3rd ed., 1982
- M. SHAPIRO**, *Administrative Discretion: The Next Stage*, Yale Law Journal, 1983, 1487-1522
- H. SIEDENTOPF**, *Rapport pour la R.F.A.*, in *CITOYEN ET ADMINISTRATION*, F. Delpérée (dir.), Cabay-Bruylant, Bruxelles, 1985, 243-271
- H.A. SIMON**, *ADMINISTRATIVE BEHAVIOR*, The Free Press, New York, 3rd ed., 1976
- H. SIMONIAN-GINESTE**, *Nouveau regard sur l'avis consultatif*, RDP, 1999, 1121-1158
- C. STARCK**, *Droits fondamentaux, Etats de droit et Principe démocratique en tant que fondements de la procédure administrative non contentieuse. Approche comparative*, REDP, hors série 1993, 1-51
- M. STASSINOPOULOS**, *LES DROITS DE LA DEFENSE DEVANT LES AUTORITES ADMINISTRATIVES*, LGDJ, Paris, 1976
- R.B. STEWART**, *The Reformation of American Administrative Law*, HLR, 1975, 1669-1813
- R.B. STEWART**, *'Vermont Yankee' and the Evolution of Administrative Procedure*, HLR, 1978, 1818-1819
- R.B. STEWART**, *Le « procéduralisme » dans le droit administratif américain*, EDCE, n° 30, 1978-1979, 303-315
- R.B. STEWART**, *Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework*, California Law Review, 1980, 1256-1377R
- R.B. STEWART**, *The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation*, Wisconsin Law Review, 1985, 655-686
- M. STOLLEIS**, *HISTOIRE DU DROIT PUBLIC EN ALLEMAGNE. Droit public impérial et science de la police (1600-1800)*, trad. de l'allemand par M. Senellart, PUF, Paris, 1998
- C.S. SUNSTEIN**, *Factions, Self-Interest, and the APA: Four Lessons since 1946*, Virginia Law Review, 1986, 271-296
- M. TAGGART** (ed.), *THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW*, Hart Publishing, Oxford, 1997
- G. TIMSIT**, *THEORIE DE L'ADMINISTRATION*, Economica, Paris, 1986
- D. TRUCHET**, *Réflexions sur le droit économique public*, RDP, 1980, 1009-1042
- J.A. USHER**, *Regulations — general and individual at the same time?*, EIR, 1984, 263-265
- G. VEDEL**, *DROIT ADMINISTRATIF*, PUF, Paris, 3ème éd., 1964
- G. VEDEL**, *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?*, EDCE, n° 31, 1979-1980, Paris, 31-44
- J.-C. VENEZIA**, *LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE*, LGDJ, Paris, 1958
- P.R. VERKUIL**, *The Emerging Concept of Administrative Procedure*, CLR, 1978, 258-329
- P.R. VERKUIL**, *Rulemaking Ossification. A Modest Proposal*, Administrative Law Review, 1995, 453-459
- M. VIRALLY**, *Note sous C.E., 10 juillet 1954, Fédération des conseils de parents d'élèves*, Dalloz, 1955, 330-335
- G. VILELLA**, *L'ADMINISTRATION SUPRANATIONALE DANS SON CONTEXTE ECONOMIQUE. Le cas européen*, Libreria Universitaria, Bologna, 1998
- D. WALDO**, *THE ADMINISTRATIVE STATE. A Study of the Political Theory of American Public Administration*, Holmes & Meier, New York, 2nd ed., 1984
- J. WALINE**, *L'évolution du contrôle de l'Administration depuis un siècle*, RPD, 1984, 1327-1349
- M. WALINE**, *Le principe audi alteram partem*, Livre Jubilaire du Conseil d'Etat du Luxembourg, 1957, 495
- H. ZEGHBIB**, *Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse*, RDP, 1998, 467-503
- J. ZILLER**, *ADMINISTRATIONS COMPAREES*, Montchrestien, Paris, 1993

5. CONSTRUCTION EUROPEENNE ET THEORIE DE L'INTEGRATION

- A.-M. BURLEY & W. MATTI**, *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, 1993, 41-76
- Club de Florence**, *EUROPE: L'IMPOSSIBLE STATU QUO*, Stock, Paris, 1996
- L. CRAM**, *The European Commission as a multi-organization: social policy and IT policy in the EU*, JEPP, 1994, 195-217
- R. CROISAT & J.L. QUERMONNE**, *L'EUROPE ET LE FEDERALISME*, Montchrestien, Paris, 1996
- R. DEHOUSSE**, *Les Etats et l'Union européenne: les effets de l'intégration*, in *LA RECOMPOSITION DE L'ETAT EN EUROPE*, V. Wright & S. Cassese (dir.), La Découverte, Paris, 1996, 55-70
- R. DEHOUSSE**, *L'Europe par le droit: plaidoyer pour une approche contextuelle*, Politique européenne, 2000, n° 1, 63-83
- M. EGAN**, *Regulatory strategies, delegation and European market integration*, JEPP, 1998, 485-506
- F. FRANCHINO**, *Institutionalism and Commission's Executive Discretion: An Empirical Analysis*, EIoP, 1998, vol. 2, n° 6
- E. HAAS**, *THE UNITING OF EUROPE. Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, Stanford University Press, Stanford, 1968
- D. HAMON & I.S. KELLER**, *FONDEMENTS ET ETAPES DE LA CONSTRUCTION EUROPEENNE*, PUF, Paris, 1997

- A. HERITIER, *The Accomodation of Diversity in European Policy making and its Outcomes: Regulatory Policy as a Patchwork*, EUI, WP SPS, 96/2, Florence, 1996
- M. JACHTENFUS, *Theoretical Perspectives on European Governance*, ELJ, 1995, 115-133
- C. JOERGES, *Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration*, ELJ, 1996, 105-135
- K.-H. LADEUR, *European Community Institutional Reforms. Extra-National Management as an Alternative Model to Federalism?*, LIEI, 1990/2, 1-21
- L.N. LINDBERG, *THE POLITICAL DYNAMICS OF EUROPEAN ECONOMIC INTEGRATION*, Stanford University Press, Stanford, 1963
- S. MAZEY & J. RICHARDSON, *De la liberté des mœurs politiques à un style européen de politique publique?*, in *POLITIQUES PUBLIQUES EN EUROPE*, Y. Mény, P. Muller & J.-L. Quermone (dir.), L'Harmattan, Paris, 1995, 95-125
- S. MAZEY & J. RICHARDSON, *La Commission européenne, une bourse pour les idées et les intérêts*, RFSP, 1996, 409-430
- L. METCLAFE, *Etablissement de liens entre les différents niveaux de gouvernance: intégration européenne et mondialisation*, RISA, 2000, n° 1, 139-168
- J. MONNET, *MEMOIRES*, Fayard, Paris, 1976
- A. MORAVCSIK, *Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach*, JCMS, 1993, 473-524
- A. MORAVCSIK, *Liberal Intergovernmentalism and Integration: A Rejoinder*, JCMS, 1995, 611-628
- B. OPPETIT, *Droit commun et droit européen*, in *L'INTERNATIONALISATION DU DROIT. Mélanges en l'honneur de Y. Lousouarn*, Dalloz, Paris, 1994, 311-319
- M.A. POLLACK, *Creeping competence: the expanding agenda of the European Community*, Journal of Public Policy, 1994, 95-145
- M.A. POLLACK, *Delegation, agency, and agenda setting in the European Community*, International Organization, 1997, 99-134
- J.-L. QUERMONE, *Trois lectures du Traité de Maastricht. Essai d'analyse comparative*, RFSP, 1992, 502-517
- J. RUEFF, *ŒUVRES COMPLETES. Politique économique*, vol. III, Plon, Paris, 1979
- F. SCHARPF, *Community and autonomy: multi-level policy-making in the European Union*, JEPP, 1994, 219-242
- F. SCHARPF, *A New Social Contract? Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, EUI, WP RSC, 96/44, Florence, 1996
- F. SCHARPF, *GOUVERNER L'EUROPE*, trad. de l'anglais par R. Dehousse & Y. Surel, Presses de Sciences Po, Paris, 2000
- D. SIDJANSKI, *L'AVENIR FEDERALISTE DE L'EUROPE*, PUF, Paris, 1992
- W. STREECK, *From Market-Making to State-Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy*, in *EUROPEAN SOCIAL POLICY. BETWEEN FRAGMENTATION AND INTEGRATION*, S. Leibfried & P. Pierson (eds), Brooking, Washington, 1995, 389-431
- J. TINBERGEN, *INTERNATIONAL ECONOMIC INTEGRATION*, Elsevier Publishing Company, Amsterdam, 2nd. ed., 1965
- K. VAN KERSBERGEN & B. VERBEEK, *The Politics of Subsidiarity*, JCMS, 1994, 215-236
- J.H.H. WEILER, *The Community System. The Dual Character of Supranationalism*, YEL, 1981, 257-306
- J.H.H. WEILER, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, JCMS, 1992, 40-56
- J.H.H. WEILER, *Idéaux et construction européenne*, in *DEMOCRATIE ET CONSTRUCTION EUROPEENNE*, M. Telò (dir.), Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, 99-122
- J.H.H. WEILER, *The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals*, ELR, 22, 1997, 150-156
- J.H.H. WEILER, U. HALTERN et F. MAYER, *European Democracy and its Critique: Five Uneasy Pieces*, EUI, WP RSC, 95/11, Florence, 1995
- A. WINCKLER, *L'Empire revient*, Commentaire, 1992, vol. 15, n° 57, 17-25
- B. DE WITTE & C. FORDER (eds.), *THE COMMON LAW OF EUROPE AND THE FUTURE OF LEGAL EDUCATION*, Kluwer, Deventer, 1992

6. POLITIQUES PUBLIQUES, THEORIE DE LA REGULATION, THEORIE POLITIQUE & THEORIE DE LA DEMOCRATIE

- H. ARENDT, *QU'EST-CE QUE LA POLITIQUE?*, trad. de l'allemand par S. Courtine-Denamy, Seuil, Paris, 1995
- J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, MLR, 1996, 24-55
- J. BLACK, *Talking about Regulation*, Public Law, 1998, 77-105
- J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *THE GOOD POLITY*, A. Hamlin & P. Pettit (ed.), Basil Blackwell, Oxford, 1989, 17-34
- J. COHEN, *The Economic Basis of Deliberative Democracy*, Social Philosophy & Policy, Vol. 6, Issue 2, Spring 1989, 25-50

- J. COHEN & J. ROGERS, *Secondary Associations and Democratic Governance*, in *ASSOCIATIONS AND DEMOCRACY*, E. O. Wright (ed.), Verso, London, New York, 1995, 7-98
- J. COHEN & C. SABEL, *Directly-Deliberative Polyarchy*, *ELJ*, 1997, 313-342
- J. COMMAILLE, L. DUMOULIN & C. ROBERT (dir.), *LA JURIDICISATION DU POLITIQUE. Leçons scientifiques*, LGDJ, Paris, 2000
- J. COMMAILLE & B. JOBERT (dir.), *LES METAMORPHOSES DE LA REGULATION POLITIQUE*, LGDJ, Paris, 1998
- J.L. COHEN & A. ARATO, *CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), London, 1992
- D. COURPASSON, *L'ACTION CONTRAINTE. Organisation libérale et domination*, PUF, Paris, 2000
- M. CROZIER, *ETAT MODERNE, ETAT MODESTE. Stratégie pour un autre changement*, Fayard, Paris, 1987
- D.M. CURTIN, 'Civil Society' and the European Union: *Opening Spaces for Deliberative Democracy?*, in *COLLECTED COURSES OF THE ACADEMY OF EUROPEAN LAW*, Vol. VII, Book 1, 1999, 185-280
- R.A. DAHL, *DEMOCRACY AND ITS CRITICS*, Yale University Press, New Haven, 1989
- P. DELWIT, J.-M. de WAELE & J. de MUNCK, *Europe: la représentation démantelée*, *L'Evènement Européen*, mars 1992, n°17, 143-156
- M. DORF & C. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, *CLR*, 1998, 270-465
- H. DUMÉZ & A. JEUNEMAITRE, *Les institutions de la régulation des marchés: étude de quelques modèles de référence*, *RIDE*, 1999/1, 11-30
- G. DUPRAT, *Europe et Démocratie*, Philosophie politique, PUF, 1991, n° 1, 144. 135-147
- J. DEWEY, *THE PUBLIC AND ITS PROBLEMS. An Essay in Political Inquiry*, 1946, in *JOHN DEWEY. The Later Works*, vol. 2, Southern Illinois University Press, Carbondale and Edwardsville, 1984
- J. ELSTER, *THE CEMENT OF SOCIETY*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989
- J. ELSTER, *Argumenter et négocier dans deux Assemblées constituantes*, *RFSP*, 1994, 187-255
- F. EWALD, *L'ETAT PROVIDENCE*, Grasset, Paris, 1986
- F. EWALD & D. KESSLER, *Les noces du risque et de la politique*, *Le Débat*, n° 109, mars-avril 2000, 55-72
- J.-M. FERRY, *Administration rationnelle ou politique raisonnable?*, *Raison présente*, n° 63, 1982, 57-75
- M. FINGER & B. RUCHAT (éds.), *POUR UNE NOUVELLE APPROCHE DU MANAGEMENT PUBLIC. Réflexions autour de Michel Crozier*, Seli Arslan, Paris, 1997
- M. FOUCAULT, *La gouvernementalité*, *Actes*, n° 54, 1986, 6-15
- J. FREUND, *L'ESSENCE DU POLITIQUE*, Sirey, Paris, 1965, réed. 1978
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Les difficultés françaises face à la notion de régulation*, *Petites affiches*, 10 juillet 1998, n° 82
- J.-M. GUEHENNO, *LA FIN DE LA DEMOCRATIE*, Flammarion, Paris, 1993
- N. GUNNINGHAM & D. SINCLAIR, *Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection*, *Law & Policy*, 1999, 51-76
- J. HABERMAS, *Sur le droit et la démocratie*, *Le Débat*, n° 97, 1997
- J. HABERMAS, *RAISON ET LEGITIMITE. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. de l'allemand par J. Lacoste, Payot, Paris, 1978
- J. HABERMAS, *L'INTEGRATION REPUBLICAINE. Essais de théorie politique*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz, Fayard, Paris, 1998
- S. JASANOFF, *SCIENCE AT THE BAR. Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995
- B. JOBERT & J. COMMAILLE (éds.), *LES METAMORPHOSES DE LA REGULATION POLITIQUE*, LGDJ, Paris, 1998
- C. JOERGES & J. NEYER, *Multi-Level Governance, Deliberative Politics, and the Role of Law*, *EUI*, Conférence RSC, Florence, 9-10 décembre 1996
- C. JOERGES & J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, *ELJ*, 1997, 273-289
- J.-F. KERVEGAN, *Y a-t-il une philosophie libérale? Remarques sur les oeuvres de J.Rawls et F. von Hayek*, *Rue Descartes*, Collège international de philosophie, 1992, n° 3, 51-75
- K.-H. LADEUR (ed.), *LIBERALS INSTITUTIONS. ECONOMIC CONSTITUTIONAL RIGHTS, AND THE ROLE OF ORGANIZATIONS*, Nomos, Baden-Baden, 1997
- P. LADRIERE, *Espace public et démocratie. Weber, Arendt, Habermas*, in *POUVOIR ET LEGITIMITE. Figures de l'espace public*, *Raisons pratiques*, EHESS, n° 3, 1992, 19-43
- P. LASCOUMES, *Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques*, *L'Année sociologique*, 1990, 40, 43-71
- P. LASCOUMES, *L'ECO-POUVOIR. Environnements et politiques*, La Découverte, Paris, 1994
- P. LASCOUMES, *Rendre gouvernable: de la "traduction" au "transcodage"*, in *LA GOUVERNABILITE*, CURAPP, PUF, Paris, 1997, 325-338
- P. LASCOUMES & J.-P. LE BOURHIS, *Définir l'intérêt général*, *Politix*, *Revue des sciences sociales du politique*, n° 42, 1998
- B. LATOUR, *POLITIQUES DE LA NATURE. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, La Découverte, Paris, 1999
- J. LECA, *Le gouvernement en Europe, un gouvernement européen?*, *Revue Politiques et Management public*, 1997, 21-31

- J. LECA, *Sur la gouvernance démocratique: entre théorie et méthode de recherche empirique*, Politique européenne, n° 1, avril 2000, 108-129
- C. LEFORT, *L'INVENTION DEMOCRATIQUE. Les limites de la domination totalitaire*, Fayard, Paris, 1991
- G. LEHMBRUCH, *The Organization of Society, administrative Strategies and Policy Networks*, in *INSTITUTIONS AND POLITICAL CHOICES. On the Limits of Rationality*, R. Czada, A. Héritier & H. Keman (eds.), VU University Press, Amsterdam, 1998, 61-84
- P. LIVET, *Les lieux de pouvoir. Peut-on penser le pouvoir en partant d'une théorie de la communication?*, *POUVOIR ET LEGITIMITE. Figures de l'espace public*, Raisons pratiques, EHESS, n° 3, 1992, 45-68
- D. LOSCHAK, *La société civile: du concept au gadget*, in *LA SOCIÉTÉ CIVILE*, CURAPP, PUF, Paris, 1986, 45-75
- T. LOWI, *THE END OF LIBERALISM. Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*, Norton & Company, New York, 1969
- N. LUHMANN, *RISK: A SOCIOLOGICAL THEORY*, trad. de l'allemand par R. Barrett, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993
- N. LUHMANN, *POLITIQUE ET COMPLEXITE*, trad. de l'allemand par J. Schmutz, Ed. du Cerf, Paris, 1999
- G. MAJONE, *Décisions publiques et délibération*, RFSP, 1994, 579-598.
- G. MAJONE, *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*, EUI, WP RSC, 96/57, Florence, 1997
- G. MAJONE, *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*, ELJ, 1998, 5-28
- M. MIAILLE (éd.), *LA REGULATION ENTRE DROIT ET POLITIQUE*, Université de Montpellier I, L'Harmattan, Paris, 1995
- C. MILLON-DELSOL, *L'ÉTAT SUBSIDIAIRE*, PUF, Paris, 1992
- G. MAJONE, *EVIDENCE, ARGUMENT AND PERSUASION IN THE POLICY PROCESS*, Yale University Press, New Haven, 1989
- C-A. MORAND (éd.), *L'ÉTAT PROPULSIF. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Ed. Publisud, Paris, 1991
- P. MULLER, *La mutation des politiques publiques*, Pouvoirs, avril 1994, 63-75
- C.S. NINO, *THE CONSTITUTION OF DELIBERATIVE DEMOCRACY*, Yale University Press, New Haven, 1996
- A. OGUS, *REGULATION. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994
- A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in *A READER ON REGULATION*, R. Baldwin, C. Scott, C. Hood (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1998, 374-388
- A. ORLEAN (dir.), *ANALYSE ECONOMIQUE DES CONVENTIONS*, PUF, Paris, 1994
- J.-C. PADIOLEAU, *L'ÉTAT AU CONCRET*, PUF, Paris, 1982
- J.-G. PADIOLEAU, *La société du risque, une chance pour la démocratie*, Le Débat, n° 109, mars-avril 2000
- Y. PAPADOPOULOS, *COMPLEXITE SOCIALE ET POLITIQUES PUBLIQUES*, Montchrestien, Paris, 1995
- G. PARRY, *The idea of political participation*, in *PARTICIPATION IN POLITICS*, G. Parry (ed.), Manchester University Press, London, 1972
- M.A. POLLAK, *La régulation technologique: le difficile mariage entre le droit et la technologie*, RFSP, 1982, 165-184
- N. POSTEL, *L'économie des conventions. Une approche instrumentale de la rationalité individuelle?*, Revue économique, 1998, 1473-1494
- J. RIELLER, *Régulation administrative, régulation judiciaire... régulation globale?*, Justices, 2000, n° 2, 71-79
- S. RIALS, *Sieyès ou la délibération sans prudence. Eléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme*, in *UNE PRUDENCE MODERNE?*, P. Raynaud & S. Rials (dir.), PUF, Paris, 1992, 45-73
- P. ROSANVALLON, *L'ÉTAT EN FRANCE*, Seuil, Paris, 1990
- C. SABEL, *Constitutional Ordering in Historical Context*, in *GAMES IN HIERARCHIES AND NETWORKS. Analytical and Empirical Approaches to the Study of Governance Institutions*, F. Scharpf (ed.), Verlag, Frankfurt am Main, 1993, 65-123
- C. SABEL, *Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development*, in *THE HANDBOOK OF ECONOMIC SOCIOLOGY*, N. Smelser & R. Swedberg (eds.), Princeton University Press, Princeton, 1994, 137-165
- P. SELZNICK, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in *REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES*, R.G. Noll (ed.), University of California Press, Berkeley, 1985, 363
- K.S. SHRADER-FRECHETTE, *RISK AND RATIONALITY. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, University of California Press, Berkeley, 1991
- J.-F. SPITZ, *Républicanisme et droits de l'homme*, Le Débat, n° 97, 1997, 48-69
- W. STREECK & P.C. SCHMITTER, *Community, market, state — and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in *PRIVATE INTEREST GOVERNMENT. Beyond Market and State*, W. Streeck & P.C. Schmitter (eds.), SAGE, London, 1985
- J. SUBIRATS, *Policy Instruments, Public Deliberation and Evaluation Processes*, Estudios/WP, Barcelona, 1994/51, February 1994
- C.R. SUNSTEIN, *The Enduring Legacy of Republicanism*, in *A NEW CONSTITUTIONALISM. Designing Political Institutions for a Good Society*, S.L. Elkin & K.E. Soltan (eds.), The University of Chicago Press, Chicago, 1993, 174-206
- C.R. SUNSTEIN, *Health-Health Trade-offs*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY*, J. Elster (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1998, 232-259

- Y. SUREL, *Idées, intérêts, institutions dans l'analyse des politiques publiques*, Pouvoirs, 1998, n° 87, 161-178
- Y. SUREL, *L'intégration européenne vue par l'approche cognitive et normative des politiques publiques*, RFSP, 2000, 235-253
- J. THEVENOT & B. FRANCE-LANORD, *Systèmes d'information: un précurseur (H.A. Simon)*, Revue française de gestion, 1993, 96-111
- G. TIMSIT, *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, RFAP, n° 78, 1996, 375-396

7. THEORIE & SOCIOLOGIE DU DROIT

- R. ALEXY, *Idee et structure d'un système de droit rationnel*, APD, t. 33, 1988, 23-38
- R. ALEXY, *A THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trad. de l'allemand par R. Adler & N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989
- R. ALEXY, *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*, trad. de l'allemand par E. Garzón Valdes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993
- R. ALEXY, *Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of Law*, Ratio Juris, 1994, 227-238
- R. ALEXY, *Droit, Discours et Temps*, in *TEMPS ET DROIT. LE DROIT A-T-IL VOCATION A DURER?*, F. Ost & M. Van Hoecke (éds.), Bruylant, Bruxelles, 1998, 15-29
- A.-J. ARNAUD, *POUR UNE PENSEE JURIDIQUE EUROPEENNE*, PUF, Paris, 1991
- A.-J. ARNAUD, *Modélisation de la décision complexe en droit: quelques pistes de recherche*, in *PENSER LA JUSTICE*, CRDP Midi-Pyrénées, Toulouse, 1998
- C. ATIAS, *THEORIE CONTRE ARBITRAIRE*, PUF, Paris, 1987
- J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *ETUDES OFFERTES A G. RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, t. I, 51-74
- J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Institution*, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, VI, 1973
- J. CARBONNIER, *SOCIOLOGIE JURIDIQUE*, PUF, Paris, 1978
- J. CARBONNIER, *DROIT CIVIL*, PUF, Paris, 1996
- J. CARBONNIER, *FLEXIBLE DROIT. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 7ème éd., 1992
- J. CHEVALLIER, *Vers un droit postmoderne?*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 21-46
- J. CLAM, *DROIT ET SOCIETE CHEZ NIKLAS LUHMANN. La contingence des normes*, PUF, Paris, 1997
- L.-J. CONSTANTINESCO, *TRAITE DE DROIT COMPARE. La méthode comparative*, t. II, LGDJ, Paris, 1974
- P. COPPENS, *NORMES ET FONCTION DE JUGER*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1998
- R. DAVID, *LES GRANDS SYSTEMES DE DROIT CONTEMPORAINS*, Dalloz, Paris, 1982
- M. DELMAS-MARTY, *A propos du secret professionnel*, Dalloz, 1982, Chron. XXXIX
- M. DELMAS-MARTY, *POUR UN DROIT COMMUN*, Seuil, Paris, 1994
- Y. DEZALAY, *MARCHANDS DE DROIT. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992
- I. DWARS, *La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy*, APD, t. 32, 1987, 291-304
- R. DWORKIN, *Le positivisme*, Droit et société, 1985, n° 1, 31-50
- R. DWORKIN, *Controverse constitutionnelle*, Pouvoirs, 1991, n° 59, 5-16
- R. DWORKIN, *L'EMPIRE DU DROIT*, trad. par E. Soubrenie, PUF, Paris, 1994
- R. DWORKIN, *PRENDRE LES DROITS AU SERIEUX*, trad. de l'anglais par M.-J. Rossignol & F. Lemaire, PUF, Paris, 1995
- B. EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, in *LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE*, M.-L. Pavia & T. Revet (dir.), Economica, Paris, 1999, 25-34
- C. EISENMANN, *Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin*, RDP, 1954, 753-774
- F. EWALD, *Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit*, Droits, 1986, n° 3, 137-142
- F. EWALD, *Le droit du droit*, APD, 1986, t. 31, 245-259
- C. FARDET, *La notion d'homologation*, Droits, 1999, 181-192
- G. FARJAT, *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, RIDE, 1986, 9-42
- G. FARJAT, *La notion de droit économique*, APD, t. 37, 1992, 27-62
- G. FARJAT, *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 151-164
- G. FARJAT, *Les pouvoirs privés économiques*, in *MELANGES KAHN*, à paraître
- C. FRIED, *Privacy*, The Yale Law Journal, Vol. 77, 1968, 475-493
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit)*, RRJ, 1995, 1043-1052
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Esquisse d'une sociologie du droit boursier*, L'Année sociologique, 1999, n° 49, 457-494

- M.-A. FRISON-ROCHE. *Secret et profession*, in *SECRETS PROFESSIONNELS*, M.-A. Frison-Roché (dir.), Ed. Autrement, Paris, 1999, 13-102
- L.L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW*, Yale University Press, New Haven, 1969
- D.J. GALLIGAN, *The Right to Silence Reconsidered*, *Current Legal Problems*, 1988, 69-92
- F. GENY, *DES DROITS SUR LES LETTRES MISSIVES. Etudes principalement en vue du système postal français (Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation)*, Sirey, Paris, 1911
- F. GENY, *METHODE D'INTERPRETATION ET SOURCES EN DROIT PRIVE POSITIF*, LGDJ, Paris, 1932
- P. GERARD, *DROIT, EGALITE ET IDEOLOGIE. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981
- K. GÜNTHER, *Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale*, *APD*, t. 37, 1992, 269-302
- K. GÜNTHER, *THE SENSE OF APPROPRIATENESS. Application Discourses in Morality and Law*, traduit de l'allemand par J. Farrell, State University of New York Press, Albany, 1993
- K. GÜNTHER, *Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas*, *European Journal of Philosophy*, 1995, 36-54
- J. HABERMAS, *DROIT ET MORALE. Tanner Lectures (1986)*, trad de l'allemand par C. Bouchindhomme & R. Rochlitz, Seuil, 1997
- J. HABERMAS, *DROIT ET DEMOCRATIE. Entre faits et normes*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997
- J.-P. HAESAERT, *La technique juridique*, *APD*, 1939
- C. HANNOUN, *Néo-corporatisme et interprofessionnalité (Regards sur la restructuration des espaces professionnels)*, *RIDE*, 1994, 45-61
- A. JEAMMAUD, *Les règles juridiques et l'action*, Dalloz, 1993, *Chron.*, 207-212
- A. JEAMMAUD, *Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale*, in *LA REGULATION ENTRE DROIT ET POLITIQUE*, M. Miaille (dir.), L'Harmattan, Paris, 1995, 95-125
- A. JEAMMAUD, *Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu*, in *LES TRANSFORMATIONS DE LA REGULATION JURIDIQUE*, G. Martin (dir.), LGDJ, Paris, 1998, 47-72
- G. JELLINEK, *L'ETAT MODERNE ET SON DROIT*, trad. de l'allemand par G. Fardis, Giard & Brière, Paris, 1913
- R. VON JHERING, *L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN DANS LES DIVERSES PHASES DE SON DEVELOPPEMENT*, trad. O. de Meulenaere, t. III-IV, Forni Editore, Bologna, 1886-1888
- A. KOJEVE, *ESQUISSE D'UNE PHENOMENOLOGIE DU DROIT*, Gallimard, Paris, 1981
- K.-H. LADEUR, *Post-Modern Constitutional Theory*, *EUI, WP Law*, 95/6, 1995
- K.-H. LADEUR, *Proceduralization and its Use in Post-Modern Legal Theory*, *EUI, WP Law*, 96/5, 1996
- J. LADRIERE, *Logique et argumentation*, in *DE LA METAPHYSIQUE A LA RHETORIQUE*, M. Mayer (éd.), Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986
- J. LENOBLE, *DROIT ET COMMUNICATION*, Cerf, Paris, 1994
- E. LEVY, *Les droits sont des mesures*, *APD*, 1932
- N. LUHMANN, *SOCIOLOGIA DEL DIRITTO*, trad. de l'allemand par A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari, 1977
- N. LUHMANN, *Quod omnes tangit. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas*, *Actuel Marx*, n° 21, 1997, 29-48
- N. MACCORMICK, *On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin*, *NYULR*, 1983, Vol. 58, 246 et ss.
- N. MACCORMICK, *RAISONNEMENT JURIDIQUE ET THEORIE DU DROIT*, trad. de l'anglais par J. Gagey, PUF, Paris, 1996
- G. MARTIN, *Précaution et évolution du droit*, Dalloz, *Chron.*, 1995, 299-306
- C.-A. MORAND (éd.), *FIGURES DE LA LEGALITE*, Ed. Publisud, Paris, 1992
- M.-L. MORIN, *LE DROIT DES SALAIRES A LA NEGOCIATION COLLECTIVE, PRINCIPE GENERAL DU DROIT*, LGDJ, Paris, 1994
- P. MORVAN, *LE PRINCIPE DE DROIT PRIVE*, LGDJ, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 1999
- P. NAPOLI, *Face au droit. Moments d'une expérience foucaldienne*, in *MICHEL FOUCAULT. Trajectoires au cœur du présent*, L. D'Alessandro & A. Marino (dir.), L'Harmattan, 1998, 155-193
- B. OPPETIT, *THEORIE DE L'ARBITRAGE*, PUF, Paris, 1998
- F. OST, *L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur*, in *L'INTERPRETATION EN DROIT. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978, 97-184
- F. OST, *Le concept de "démocratie" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *Le Journal des procès*, n° 124, 1988, 13-19
- F. OST, *LA NATURE HORS LA LOI. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, Paris, 1995
- F. OST & J. LENOBLE, *Rationalité juridique et mythes fondateurs*, *ARSP*, 1980, 519-535
- F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique?*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 227-251
- F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, *RIEJ*, 2000, n° 44, 1-82

- E. PASUKANIS, *LA THEORIE GENERALE DU DROIT ET LE MARXISME*, trad. de J.-M. Brohm, EDI, Paris, 1970
- C. PERELMAN (dir.), *LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT*, Bruylant, Bruxelles, 1968, 489-512
- C. PERELMAN, *De la temporalité comme caractère de l'argumentation*, in *RHETORIQUES*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, 437-467
- P. PESCATORE, *INTRODUCTION A LA SCIENCE DU DROIT*, Centre Universitaire de l'Etat, Luxembourg, 1978
- G.J. POSTEMA, *BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION*, Clarendon Press, Oxford, 1989
- N. POULANTZAS, *NATURE DES CHOSES ET DROIT. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, LGDJ, Paris, 1965
- G. RADBRUCH, *La sécurité en droit d'après la théorie anglaise*, APD, 1936
- J. RAZ, *THE CONCEPT OF A LEGAL SYSTEM. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 2nd ed., 1980
- G. RICHARDSON, *LAW, PROCESS AND CUSTODY*, Weidenfeld & Nicholson, London, 1995
- F. RIGAUX, *LA NATURE DU CONTROLE DE LA COUR DE CASSATION*, Bruylant, Bruxelles, 1966
- F. RIGAUX, *INTRODUCTION A LA SCIENCE DU DROIT*, Ed. Vie ouvrière, Bruxelles, 1974
- F. RIGAUX, *LA VIE PRIVEE, UNE LIBERTE PARMI LES AUTRES?*, Larcier, Bruxelles, 1992
- G. RIPERT, *LES FORCES CREATRICES DU DROIT*, LGDJ, Paris, 2ème éd., 1955, rééd. 1994
- M. ROSENFELD, *Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law*, Cardozo Law Review, 1996, 799-800
- P. ROUBIER, *De la légitimité des situations juridiques*, in *MELANGES JEAN DABIN*, Bruylant, Sirey, Bruxelles, Paris, 1963, 265-291
- O. DE SCHUTTER, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, RTDH, 1999, 827-863
- E. SERVERIN, P. LASCOUTES & T. LAMBERT, *TRANSACTIONS ET PRATIQUES TRANSACTIONNELLES*, Economica, Paris, 1997
- C.M. STAMATIS, *ARGUMENTER EN DROIT. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, Paris, 1995
- J.-J. SUEUR, *RECHERCHES SUR LE CONCEPT DE DROIT SUBJECTIF. Essai de méthodologie juridique*, Thèse Droit, Nice, 1980
- J.-J. SUEUR, *Ambiguïté du droit économique (à propos de deux ouvrages récents)*, RIDE, 1998, 335-349
- C.R. SUNSTEIN, *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT*, New York, Oxford University Press, 1996
- A. SUPLOT, *LE JUGE ET LE DROIT DU TRAVAIL*, Thèse Droit, Bordeaux I, 1979
- A. SUPLOT, *CRITIQUE DU DROIT DU TRAVAIL*, PUF, Paris, 1994
- P. D. SWAN, *Droits écologiques procéduraux et démocratie délibérative*, RIEJ, 1995, n° 35, 1-18
- F. TERRE & M.-A. FRISON-ROCHE, *Présentation*, L'Année sociologique, 1999, 49, n° 2, 281-290
- G. TEUBNER, *LE DROIT, UN SYSTEME AUTOPOIETIQUE*, trad. de l'allemand par N. Boucquoy & G. Maier, PUF, Paris, 1993
- G. TEUBNER, *DROIT ET REFLEXIVITE. L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, trad. de l'allemand par N. Boucquoy & G. Maier, Story-Scientia, LGDJ, Paris, 1994
- G. TEUBNER, *'Altera pars audiat': le droit dans la collision des discours*, Droit et Société, 1997, n° 35, 99-123
- I. THERY, *Vie privée et monde commun. Réflexions sur l'enlèvement gestionnaire du droit*, Le Débat, n° 85, mai-août 1995, 137-154
- G. TIMSIT, *LES FIGURES DU JUGEMENT*, PUF, Paris, 1993
- M. LA TORRE, *DISSAVENTURE DEL DIRITTO SOGGETTIVO. Una vicenda teorica*, Giuffrè Editore, Milano, 1996
- S.E. TOULMIN, *LES USAGES DE L'ARGUMENTATION*, trad. de l'anglais par P. de Brabanter, PUF, Paris, 1993
- M. TROPER, *Hans Kelsen et la jurisprudence*, APD, 1985, t. 30, 23-94
- K. TUORI, *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, Ratio Juris, 1989, 125-143
- J.-M. VARAUT, *LE DROIT AU DROIT. Pour un libéralisme institutionnel*, PUF, Paris, 1986
- G. DEL VECCHIO, *LA JUSTICE - LA VERITE. Essais de philosophie juridique et morale*, Dalloz, Paris, 1955
- M. VILLEY, *PHILOSOPHIE DU DROIT*, t. II, *Les moyens du droit*, Dalloz, Paris, 1979
- M. VIRALLY, *LA PENSEE JURIDIQUE*, LGDJ, Paris, 1960
- M. VILLEY, *De la dialectique comme art du dialogue et sur ses relations au droit*, APD, t. 27, 1982, 263-272
- M. WEBER, *SOCIOLOGIE DU DROIT*, trad. de l'allemand par J. Grosclaude, PUF, Paris, 1986
- H. WILLKE, *Diriger la société par le droit?*, APD, n° 31, 1986, 189-212
- H. WILLKE, *Le droit comme codage de la puissance légitime*, Droits, 1989, n°10, 113-116

8. DROIT PROCESSUEL, HISTOIRE & THEORIE DE LA PROCEDURE

- R.L. ABEL, *Introduction*, in *THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE. The American Experience*, vol. I, Academic Press, New York, 1982, 1-13
- D. D'AMBRA, *L'OBJET DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE: DIRE LE DROIT ET TRANCHER LES LITIGES*, LGDJ, Paris, 1994
- T.R.S. ALLAN, *Procedural Fairness and the Duty of Respect*, OJLS, 1998, 497-515
- S. ANDRINI, *Procès, procédure et action sociale: une hypothèse wébérienne*, RIEJ, 1991, n° 26, 71-88
- W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-H. ROBERT, *Pour le droit processuel*, Dalloz, 1993, Chron., 9-16.

- M.D. BAYLES, *Principles for Legal Procedure*, Law and Philosophy, 1986, 33-57
- M.D. BAYLES, *PROCEDURAL JUSTICE. Allocating to Individuals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1990
- H.J. BERMAN, *LAW AND REVOLUTION. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1983
- R. BORDEAUX, *PHILOSOPHIE DE LA PROCEDURE CIVILE. Mémoire sur la réformation de la justice*, Imprimerie de Auguste Hérissey, Evreux, 1857
- J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE, *L'office de la procédure*, in *MELANGES OFFERTS A P. DRAI. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, 253-263
- L. CADIET, *L'Equité dans l'office du juge civil*, Justices, 1998, n° 9, 87-107
- L. CADIET, *DROIT JUDICIAIRE PRIVE*, Litec, Paris, 2ème éd., 1998
- M. CAPPELLETTI, *PROCEDURE ORALE ET PROCEDURE ECRITE*, Giuffrè Editore, Milano, 1971
- M. CAPPELLETTI & D. TALLON (dir.), *FUNDAMENTAL GUARANTEES OF THE PARTIES IN CIVIL LITIGATION*, Giuffrè Editore, Milano, 1973
- M. CAPPELLETTI, *Trends of "Procedural Justice" in Contemporary Europe*, in *RECHSSTAAT UND MENSCHENWÜRDE Festschrift für Werner Maihofer*, A. Kaufmann, E.J. Mestmäcker, H.F. Zacher (ed.), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1988, 61-73
- M. CAPPELLETTI, *LE POUVOIR DES JUGES*, trad. par R. David, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1990
- A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, HLR, 1976, 1281-1316
- J. CHEVALLIER, *Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle*, in *MELANGES STASSINOPOULOS*, LGDJ, Paris, 1974
- G. CHIOVENDA, *PRINCIPI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE*, Napoli, 1923
- S. COTTA, *La question de la vérité du jugement*, in *L'AVENIR DU DROIT. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, 37-45
- E. COUTURE, *Le procès comme institution*, RIDC, 1950, 276-281
- E. DESMONS, *La preuve des faits dans la philosophie moderne*, Droits, n° 23, 1996, 13-20
- R. DWORKIN, *Principle, policy, procedure*, in *CRIME, PROOF AND PUNISHMENT. Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, London, 1981, 193-225
- F. FIGORILLI, *IL CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. Dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996
- O.M. FISS, *The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice*, HLR, 1979, 1-58
- O.M. FISS, *Against Settlement*, Yale Law Journal, vol. 93, 1984, 1073-1090
- O.M. FISS, *The New Procedure*, Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico, 1985, 209-2
- M.-A. FRISON-ROCHE, *GENERALITES SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE (Droit processuel)*, Thèse Droit, Paris II, 1988
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Vers le droit processuel économique*, Justices, 1995, n° 1, 91-105
- M.-A. FRISON-ROCHE, *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, in *LE TEMPS DANS LA PROCEDURE*, J.-M. Coulon & M.-A. Frison-Roché (dir.), Dalloz, Paris, 1996, 11-23
- M.-A. FRISON-ROCHE, *La procédure injuste*, in *DE L'INJUSTE AU JUSTE*, M.-A. Frison-Roché & W. Baranès (dir.), Dalloz, Paris, 1997, 77-87
- M.-A. FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, Dalloz, Chron., 1999, 53-57
- M.-A. FRISON-ROCHE & W. BARANES, *Le souci de l'effectivité du droit*, Dalloz, 1996, Chron., 301-301
- L.L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, HLR, 1978, 353-409
- D.J. GALLIGAN, *Rights, Discretion and Procedures*, in *LAW, RIGHTS AND THE WELFARE STATE*, C.J.G. Sampford & D.J. Galligan (eds.), Croom Helm Ltd, 1986, 132-139
- A. GARAPON, *Entre procédure et vertu, la prudence*, in *LE FOR INTERIEUR*, CURAPP, PUF, Paris, 1995, 214-225
- J. GHESTIN, G. GOUBEUX & M. FABRE-MAGNAN, *TRAITE DE DROIT CIVIL. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 1994
- A. GIULIANI, *IL CONCETTO DI PROVA. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè Editore, Milan, 1971
- G. GORLA, *La « communis opinio totius orbis » et la réception jurisprudentielle du droit au cours des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles dans la « Civil Law » et la « Common Law »*, in *NEW PERSPECTIVES FOR A COMMON LAW OF EUROPE*, M. Cappelletti (ed.), Sijthoff-Bruylant, Leyden-Bruxelles, 1978, 45-71
- S. GOYARD-FABRE, *Le procès révélateur*, RRJ, 1983, 144 et ss.
- S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, Justices, nouvelle série, 1999, 91-130
- R. KOERING-JOULIN, *La notion européenne de "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 par.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, RSCDPC, 1990, 765-774
- X. LAGARDE, *REFLEXION CRITIQUE SUR LE DROIT DE LA PREUVE*, LGDJ, Paris, 1994
- H. LEVY-BRUHL, *LA PREUVE JUDICIAIRE. Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1964
- R. MARTIN, *Le fait et le droit ou les parties et le juge*, JCP, 1974, I-2625
- R. MARTIN, *De la contradiction à la vérité judiciaire*, Gaz. Pal., 1981, 209-210
- J.-M. LE MASSON, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, Droit et Société, n° 38, 1998, 1-32
- D. MAZEAUD & M.-A. FRISON-ROCHE (coord.), *L'EXPERTISE*, Dalloz, Paris, 1995

- M. MELCHIOR, *La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *PRESENCE DU DROIT PUBLIC ET DES DROITS DE L'HOMME. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruylant, Bruxelles, 1992, 1327-1346
- H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *MELANGES PAUL ROUBIER*, t. II, Librairies Dalloz & Sirey, Paris 1961, 175-200
- H. MOTULSKY, *PRINCIPES D'UNE REALISATION METHODIQUE DU DROIT PRIVE. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1ère éd., Sirey, 1948, rééd. Dalloz, Paris, 1991
- H. MOTULSKY, *DROIT PROCESSUEL*, Montchrestien, Paris, 1973
- J. NORMAND, *LE JUGE ET LE LITIGE*, LGDJ, Paris, 1965
- P. OURLIAC, *L'office du juge dans le droit canonique classique*, in *MELANGES P. HEBRAUD*, Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, 627-644
- K. PENNINGTON, *THE PRINCE AND THE LAW. 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, Berkeley, 1993
- J. R. PENNOCK & J.W. CHAPMAN (eds.), *DUE PROCESS*, Nomos XVIII, New York University Press, New York, 1977
- P. PONCELA, *Regard sur la vérité judiciaire*, APD, t. 29, 1984, 175-183
- P. PONCELA, *La vérité est de ce monde*, Actes, n° 54, 1986, 69-71
- R.A. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, Journal of Legal Studies, 1973, 399-458
- G. POST, *A Romano-Canonical Maxim. 'Quod Omnes Tangit'*, in *Bracton and its Early Parliaments*, in *STUDIES IN MEDIEVAL LEGAL THOUGHT. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton University Press, Princeton, 1964, 163-237
- E. PUTMAN, *CONTENTIEUX ECONOMIQUE*, PUF, Paris, 1998
- T. RENOUX, *LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L'AUTORITE JUDICIAIRE. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, P.U. d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1984
- P. RICŒUR, *LE JUSTE*, Ed. Esprit, Paris, 1995
- G. ROUHETTE, *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès*, in *MELANGES P. REYNAUD*, Sirey, Dalloz, Paris, 1985, 687-718
- D. SALAS, *DU PROCES PENAL. Eléments pour une théorie nterdisciplinaire du procès*, PUF, Paris, 1992
- W. H. SMITH, *Rule-Making Authority*, The Cornell Law Quaterly, Vol. 3, 1917-1918, 28-31
- H. SOLUS & R. PERROT, *DROIT JUDICIAIRE PRIVE*, Sirey, Paris, 1961
- E. SPITZ, *L'acte de juger*, RDP, 1995, 289-302
- G. TARELLO, *DOTTRINE DEL PROCESSO CIVILE. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Il Mulino, Bologna, 1989
- G. TULLOCK, *TRIALS ON TRIAL. The Pure Theory of Legal Procedure*, Columbia University Press, New York, 1980
- J. VINCENT & S. GINCHARD, *PROCEDURE CIVILE*, Précis Dalloz, Paris, 20ème éd., 1981
- H. VIVIOZ, *ETUDES DE PROCEDURE*, Editions Bière, Bordeaux, 1956
- G. WIEDREKHER, *Droits de la défense et procédure civile*, Dalloz, 1978, Chron. 36
- E. WYMEERSCH, *La fonction quasi-juridictionnelle*, RIDC, 1982, 214-226
- G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *GUIDIZIO "A QUO" E PRMOVIMENTO DEL PROCESSO COSTITUZIONALE*, Corte Costituzionale (ed.), Milano, Giuffrè Editore, 108-109

9. DIVERS

- P. ANSART, *SOCIOLOGIE DE SAINT-SIMON*, PUF, Paris, 1970
- K.-O. APEL, *ETHIQUE DE LA DISCUSSION*, trad. de l'allemand par M. Hunyadi, Cerf, Paris, 1994
- P. AUBENQUE, *LA PRUDENCE CHEZ ARISTOTE*, PUF, Paris, 2ème éd., 1997
- J. BENTHAM, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND*, au Livre III, Oxford, 1768
- L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *LE NOUVEL ESPRIT DU CAPITALISME*, Gallimard, Paris, 1999
- L. BOLTANSKI & L. THEVENOT, *DE LA JUSTIFICATION. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991
- S. CALLENS, *LES MAITRES DE L'ERREUR. Mesure et probabilité au XIXème siècle*, PUF, Paris, 1997
- C. CASTORIADIS, *L'INSTITUTION IMAGINAIRE DE LA SOCIETE*, Seuil, Paris, 1975
- CONDORCET, *ŒUVRES*, t. VII, Verlag, Stuttgart, 1968
- B. CONSTANT, *PRINCIPES DE POLITIQUE APPLICABLES A TOUS LES GOUVERNEMENTS*, Texte établi par E. Hoffmann, t. II, Librairie Droz, Genève, 1980
- DAUNOU, *ESSAI SUR SUR LES GARANTIES INDIVIDUELLES QUE RECLAME L'ETAT DE NOTRE SOCIETE* (1819), Ed. Belin, Paris, 2000
- M. DETIENNE, *LES MAITRES DE LA VERITE DANS LA GRECE ARCHAÏQUE*, Maspero, Paris, 1967
- J. DEWEY, *LOGIQUE. LA THEORIE DE L'ENQUETE*, trad. de l'anglais par G. Deledalle, PUF, Paris, 2ème éd., 1993
- M. FOUCAULT, *DITS ET ECRITS*, vol. II (1970-1975), Gallimard, Paris, 1994

- J. HABERMAS**, *LA TECHNIQUE ET LA SCIENCE COMME IDEOLOGIE*, trad. de l'allemand par J.-R. Ladmiral, Denoël, Paris, 1984
- J. HABERMAS**, *THEORIE DE L'AGIR COMMUNICATIONNEL. Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, trad. de l'allemand par J.-M. Ferry, Fayard, Paris, 1987
- G.W.F. HEGEL**, *PRINCIPES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT ou Droit naturel et Science de l'Etat en abrégé*, trad. par R. Derathé, Vrin, Paris, 1993
- E. LEVINAS**, *AUTREMENT QU'ETRE OU AU-DELA DE L'ESSENCE*, Kluwer, Nijhoff, 1974, Le livre de poche, Paris, 1990
- E. LEVINAS**, *TOTALITE ET INFINI. Essai sur l'extériorité*, Kluwer, 1971, Le Livre de poche, Paris, 1996
- E. LEVINAS**, *ENTRE NOUS. Essais sur le penser-à-l'autre*, Grasset, 1991, Le livre de poche, Paris, 1998
- N. LUHMANN**, *THE DIFFERENTIATION OF SOCIETY*, trad. de l'allemand par S. Holmes & C. Larmore, Columbia University Press, New York, 1982
- MONTESQUIEU**, *DE L'ESPRIT DES LOIX*, in *ŒUVRES DE MONTESQUIEU*, 1758, Amsterdam & Leipsick, Garnier-Flammarion, Paris, 1979
- J. DE MUNCK**, *L'INSTITUTION SOCIALE DE L'ESPRIT. Nouvelles approches de la raison*, PUF, Paris, 1999
- J.-L. NANCY**, *LA COMMUNAUTE DESŒUVREE*, Christian Bourgois Editeur, Mesnil-sur-L'Estrée, rééd. 1999
- K. POLANYI**, *LA GRANDE TRANSFORMATION. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. de l'anglais par C. Malamoud, Gallimard, Paris, 1983
- J. RANCIERE**, *La méésentente*, in *LA MODERNITE EN QUESTIONS. De Richard Rorty à Jürgen Habermas*, F. Gaillard, J. Poulain & R. Shusterman (dir.), Ed. du Cerf, Paris, 1998, 169-185
- P. RICŒUR**, *SOI-MEME COMME UN AUTRE*, Seuil, Paris, 1990
- P. RICŒUR**, *LECTURES 1. Autour du politique*, Seuil, Paris, 1991
- P. RICŒUR**, *L'IDEOLOGIE ET L'UTOPIE*, Seuil, Paris, 1997
- P. ROQUEPLO**, *ENTRE SAVOIR ET DECISION, L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE*, Ed. INRA, Paris, 1997
- R. SALAIS & M. STORPER**, *LES MONDES DE PRODUCTION. Enquête sur l'identité économique de la France*, Ed. de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, 1993
- T.C. SCHELLING**, *STRATEGIE DU CONFLIT*, trad. de l'anglais par R. Manicacci, PUF, Paris, 1986
- N. STEHR & V. ERICSON (eds)**, *THE CULTURE OF POWER KNOWLEDGE. Inquiries into Contemporary Society*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1992
- I. STENGERS**, *L'INVENTION DES SCIENCES MODERNES*, La Découverte, Paris, 1993
- J. THEYS & B. KALAORA (dir.)**, *LA TERRE OCTROYEE. Les experts sont formels!*, Ed. Autrement, Paris, 1992
- A. DE TOCQUEVILLE**, *ŒUVRES COMPLETES*, Gallimard, 1989
- M. WEBER**, *ECONOMIE ET SOCIETE*, trad. collective, Librairie Plon, Paris, 1971

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION (§ 1)

Première partie

LE DEVELOPPEMENT DU FORMALISME PROCEDURAL AU SEIN DE LA REGULATION ECONOMIQUE (§ 27)

Titre I. L'IMPORTATION DES GARANTIES PROCEDURALES (§ 29)

Chapitre I. La nature de la régulation économique (§32)

Section I. Le modèle du « droit anticartel » (§ 34)

§ I. Les caractères du droit économique (§ 35)

A. Un droit de l'organisation et de la liberté (§ 36)

B. L'autonomie de la Commission (§ 40)

C. Les méthodes casuistiques et l'expertise (§ 45)

§ II. La procédure et l'Etat de droit (§ 50)

A. La mission de la Commission (§ 51)

1. Les objectifs de la politique de concurrence (§ 52)

2. Les pouvoirs de la Commission (§ 55)

B. Les conceptions procédurales en débat (§ 58)

C. La nature et la fonction du règlement de procédure (§ 63)

1. La nature juridique du règlement (§ 64)

2. L'ajustement réglementaire (§ 65)

Section II. Les autres procédures de concurrence (§ 69)

§ I. La procédure de contrôle des concentrations (§ 70)

A. L'originalité du contrôle (§ 71)

B. Les garanties du contrôle (§ 74)

§ II. La procédure de contrôle des aides publiques (§ 76)

A. Un contrôle étendu (§ 80)

B. Le nouveau règlement de procédure (§ 82)

§ III. La procédure de contrôle des entreprises publiques (§ 86)

§ IV. La procédure de contrôle antidumping (§ 90)

A. Un contrôle « hybride » (§ 91)

B. Les garanties de circulation de l'information (§ 93)

Section III. La procédure comme mode de régulation (§ 97)

§ I. Les contrôles économiques (§ 100)

A. Les procédures d'autorisation (§ 101)

B. Les procédures d'infraction (§ 104)

§ II. La répression administrative (§ 107)

§ III. L'émergence du droit administratif procédural (§ 111)

Chapitre II. Les caractères de l'ordre administratif communautaire (§ 115)

Section I. Le régime dualiste de l'ordre administratif (§ 116)

- § I. Exécution normative et exécution gestionnaire (§ 117)
- § II. La protection juridique (§ 121)
 - A. L'Etat de droit et la démocratie en droit administratif (§ 122)
 - B. La défense et la participation (§ 125)

Section II. La nature discrétionnaire du pouvoir administratif (§ 128)

- § I. Les régimes de « discrétionnalité » (§ 130)
 - A. La discrétionnalité dans l'élaboration des normes (§ 131)
 - B. La discrétionnalité dans la gestion individuelle (§ 132)
 - 1. La définition de l'intérêt communautaire (§ 133)
 - 2. Les appréciations complexes (§ 135)
 - 3. « Le pouvoir discrétionnaire technique » (§ 136)
- § II. Théorie du pouvoir discrétionnaire en droit communautaire (§ 140)
 - A. Les solutions classiques (§ 141)
 - B. Une « nouvelle » conception (§ 145)
- § III. Le contrôle juridictionnel sur les procédures (§ 148)

Section III. Le caractère quasi-juridictionnel de la procédure (§ 152)

- § I. La Commission n'est pas un tribunal (§ 154)
 - A. Les hésitations de la juridiction communautaire (§ 156)
 - B. Les enseignements de la jurisprudence conventionnelle (§ 159)
- § II. L'article 6 CEDH contredit-il le cumul des fonctions? (§ 163)
- § III. La « juridictionnalisation » de l'Administration (§ 168)
 - A. L'organisation interne de la Commission (§ 169)
 - B. « Le contentieux objectif » (§ 173)
 - 1. La fonction contentieuse (§ 174)
 - 2. L'intérêt objectif (§ 178)

Chapitre III. La signification de la protection procédurale (§ 181)

- Section I. Une protection incomplète (§ 183)
- Section II. Une protection ambivalente (§ 186)

Titre II. LA REALISATION DES GARANTIES PROCEDURALES (§ 191)

Chapitre I. Le fondement du droit d'être entendu (§ 194)

- Section I. Le principe général des droits de la défense (§ 196)
 - § I. L'émergence du principe en droit communautaire (§ 198)
 - A. Un principe issu de « la nature des choses »? (§ 199)
 - B. Une transposition contrastée (§ 201)
 - § II. L'introduction du principe en droit économique (§ 207)
 - A. La consécration (§ 210)
 - 1. L'analogie (§ 212)
 - 2. « La comparaison critique » (§ 215)
 - a) La sélection (§ 216)
 - b) La réception (§ 217)
 - B. L'incorporation (§ 220)
 - 1. La confirmation (§ 221)
 - 2. La consolidation (§ 225)

Section II. Extension et limites du principe des droits de la défense (§ 228)

§ I. L'extension des droits de la défense (§ 230)

A. La diffusion jurisprudentielle (§ 231)

1. L'extension en droit économique (§ 232)

a) Un nouveau droit (§ 233)

b) Une nouvelle phase de la procédure (§ 236)

c) De nouvelles matières (§ 241)

2. L'extension aux procédures non répressives (§ 242)

a) Une nouvelle formule générale (§ 244)

b) Deux interprétations (§ 250)

B. L'extension administrative (§ 253)

1. L'autorégulation procédurale (§ 254)

2. La protection juridictionnelle approfondie (§ 259)

§ II. Les limites du principe (§ 264)

A. Une intensité limitée (§ 265)

1. « L'absorption » de la logique des droits de l'homme? (§ 266)

2. Des droits absolus? (§ 271)

B. Une étendue limitée (§ 278)

1. Position du problème (§ 280)

a) Une protection juridictionnelle efficace (§ 283)

b) Une protection procédurale effective? (§ 287)

2. Les solutions jurisprudentielles (§ 289)

a) Les procédures complexes (§ 290)

b) Les procédures parallèles (§ 297)

Section III. Le contenu du droit d'être entendu (§ 309)

§ I. L'organisation générale de la procédure (§ 310)

§ II. La loyauté dans l'audition (§ 313)

A. Le temps de l'audition (§ 314)

B. L'utilisation des moyens de preuve (§ 317)

1. Le droit au silence (§ 319)

2. La confidentialité (§ 320)

§ III. L'intelligibilité de l'audition (§ 322)

A. Le conseil et la représentation (§ 323)

B. La langue de la procédure (§ 324)

C. La connaissance des conclusions orales (§ 328)

Chapitre II. Les progrès du droit d'être informé (§ 335)

Section I. La communication des griefs (§ 337)

§ I. La place de la communication (§ 340)

A. Un acte final (§ 341)

B. Un acte préparatoire (§ 344)

§ II. Les personnes concernées (§ 347)

§ III. Le contenu de la communication (§ 352)

A. Une exigence de clarté (§ 353)

B. De la clarté à la consistance (§ 355)

1. Une communication expresse (§ 356)

2. Une communication étayée (§ 358)

Section II. L'accès au dossier (§ 359)

§ I. Une consécration progressive (§ 360)

- A. Un accès limité (§ 361)
- B. De l'obligation au droit d'accès (§ 364)
- C. Un droit général et objectif (§ 367)
 - 1. Un caractère général (§ 368)
 - 2. Un caractère objectif (§ 369)

§ II. Les limites du droit d'accès (§ 371)

- A. Le champ d'application de la Communication de la Commission (§ 372)
- B. Les modalités de l'accès (§ 374)
- C. La sanction juridictionnelle du droit d'accès (§ 376)

§ III. Le droit au secret (§ 378)

- A. « Le secret confié » (§ 381)
 - 1. Les intérêts contraires (§ 382)
 - 2. L'opération de mise en balance (§ 386)
 - a) Le domaine de réserve de la confidentialité (§ 387)
 - b) Le mécanisme de protection (§ 388)
 - c) L'étendue de la protection (§ 392)
- B. « Le secret gardé » (§ 396)
 - 1. L'inaccessibilité des documents internes (§ 398)
 - 2. Vers l'adoption d'une procédure d'accès limité (§ 401)

Chapitre III. L'inflation de la motivation (§ 404)

Section I. L'obligation de motivation (§ 406)

- § I. Une conception « contentieuse » de la motivation (§ 408)
 - A. Les buts de la motivation (§ 409)
 - B. Un instrument d'encadrement du pouvoir discrétionnaire (§ 412)
 - C. Un instrument de protection des tiers (§ 415)
- § II. Le contenu « fonctionnel » de la motivation (§ 417)
 - A. Le principe (§ 419)
 - B. Les adaptations pratiques (§ 422)
 - 1. Les formes impossibles (§ 423)
 - 2. Les formes inutiles (§ 426)
- § III. Une conception « finaliste » de la sanction (§ 429)
 - A. La motivation, moyen accessoire (§ 431)
 - B. La motivation, moyen unique d'annulation (§ 433)
 - C. Vers une conception procédurale de la motivation (§ 435)

Section II. L'ascension du principe d'impartialité (§ 438)

- § I. La formulation du principe (§ 442)
 - A. Le devoir de sollicitude en matière d'antidumping (§ 443)
 - B. Le principe d'impartialité (§ 446)
- § II. La consécration du principe (§ 448)
 - A. Les trois exigences d'impartialité (§ 449)
 - 1. Un examen attentif (§ 450)
 - 2. Un examen complet (§ 451)
 - 3. Un examen cohérent (§ 452)
 - B. La protection du plaignant en matière de contrôle des aides d'Etat (§ 455)

§ III. La jurisprudence *Sytraval* ou la révolution de l'impartialité? (§ 461)

A. La conception nouvelle du Tribunal (§ 462)

B. La réaction de la Cour (§ 466)

Titre III. L'ADAPTATION DES GARANTIES PROCEDURALES (§ 471)

Chapitre I. La protection dans les procédures (§ 473)

Section I. La procédure d'enquête préalable (§ 474)

§ I. L'exclusion des droits du contradictoire (§ 476)

A. Le fondement de l'exclusion (§ 477)

B. Un formalisme relatif (§ 484)

§ II. Le respect des garanties minimales de la défense (§ 488)

A. Le respect de la vie privée (§ 489)

1. La protection de la correspondance (§ 490)

a) La nature de la protection (§ 491)

b) La mise en œuvre de la protection (§ 493)

c) Le paternalisme de l'Administration (§ 494)

2. La protection des informations confidentielles (§ 496)

a) L'utilisation de l'information (§ 497)

b) La divulgation de l'information (§ 498)

3. L'inviolabilité du domicile (§ 499)

B. La loyauté dans la recherche des preuves (§ 504)

1. L'assistance juridique (§ 505)

2. Le droit au silence (§ 508)

Section II. Les procédures informelles (§ 517)

§ I. Le développement des procédures informelles (§ 518)

A. Les avantages de la procédure informelle (§ 519)

B. Les risques de la procédure informelle (§ 521)

§ II. Un formalisme atténué (§ 524)

Section III. Les procédures d'urgence (§ 527)

§ I. Le fondement de l'urgence (§ 528)

§ II. Les garanties sauvegardées (§ 530)

Chapitre II. Les personnes protégées (§ 532)

Section I. Les droits procéduraux des tiers (§ 534)

§ I. Les droits des plaignants en droit de la concurrence (§ 535)

A. Les droits dans l'examen de la plainte (§ 537)

B. Les droits dans la procédure contradictoire (§ 540)

§ II. Les procédures d'association des tiers (§ 544)

A. Les tiers dans la procédure de contrôle des concentrations (§ 545)

1. Les tiers dans la première phase (§ 546)

2. Les tiers dans la seconde phase (§ 548)

B. Les tiers dans les procédures de contrôle des aides et des entreprises publiques (§ 552)

1. La phase préliminaire (§ 554)

a) Le droit d'information (§ 555)

b) Le droit d'expression (§ 557)

- 2. La procédure d'examen (§ 558)
- 3. La procédure de contrôle des entreprises publiques (§ 564)
- § III. L'information des parties en matière d'antidumping (§ 566)
 - A. L'intérêt au résultat (§ 567)
 - B. L'intérêt à la procédure (§ 569)

Section II. Le droit au recours des tiers (§ 574)

- § I. L'élargissement de la recevabilité fondée sur la procédure (§ 578)
 - A. L'origine de l'élargissement dans les procédures de concurrence (§ 579)
 - 1. La participation utile (§ 580)
 - 2. La prise en considération de la situation matérielle des requérants (§ 583)
 - B. Le contrôle des aides d'Etat (§ 584)
 - 1. Les recours introduits à l'encontre de la décision finale (§ 587)
 - a) Les décisions de compatibilité (§ 588)
 - b) Les décisions d'incompatibilité (§ 592)
 - 2. Les recours dans le cadre de la phase préliminaire (§ 597)
 - C. Le contrôle des concentrations (§ 604)
 - 1. Les tiers concurrents (§ 605)
 - 2. Les autres tiers (§ 607)
 - D. Les procédures antidumping (§ 610)
 - 1. Le recours des exportateurs (§ 611)
 - 2. Le recours des plaignants (§ 613)
 - 3. Le recours des importateurs (§ 616)
 - a) Les solutions restrictives (§ 617)
 - b) La jurisprudence *Extramet* (§ 620)
 - 4. Le recours des consommateurs (§ 623)
- § II. L'intégration de la participation procédurale dans la protection juridictionnelle (§ 624)
 - A. « Le modèle de l'alternative » : l'argument de la « subsidiarité judiciaire » (§ 625)
 - B. « Le modèle de la séparation » : « l'intérêt à la procédure » (§ 631)
 - C. « La modèle de l'intégration » : vers une procédure « socialisée » (§ 635)
 - 1. L'affectation économique substantielle (§ 636)
 - 2. L'implication légitime dans la procédure (§ 638)

Chapitre III. Le contrôle juridictionnel (§ 641)

Section I. Le contrôle des actes procéduraux (§ 642)

- § I. L'absence de recours contre les actes préparatoires (§ 644)
- § II. Le défaut de recours contre des actes protecteurs (§ 649)

Section II. La sanction des irrégularités procédurales (§ 654)

- § I. Les conséquences des irrégularités procédurales sur la légalité de l'acte (§ 655)
 - A. La conception fonctionnelle des garanties procédurales (§ 658)
 - 1. Les méthodes de protection (§ 659)
 - a) La technique de la régularisation juridictionnelle (§ 660)
 - b) La théorie du vice substantiel (§ 661)
 - 2. Les conséquences de la protection fonctionnelle (§ 664)
 - B. La confusion de la forme et du fond (§ 668)
- § II. Les conséquences indemnitaires des illégalités procédurales (§ 671)
 - A. Les conséquences de l'accomplissement irrégulier des formalités de procédure (§ 672)
 - B. Les conséquences de la violation d'un principe général de procédure (§ 675)

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE (§ 678)

1. Les modèles de la procédure économique (§ 679)
2. L'économie de la procédure (§ 686)

Deuxième partie

L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE LEGITIMITE PROCEDURALE DANS LA REGULATION ECONOMIQUE ET SOCIALE (§ 690)

Titre I. L'ESSOR DES POLITIQUES REGULATOIRES (§ 692)

Chapitre I. La nature de la régulation sociale (§ 693)

Section I. La régulation du risque (§ 694)

- § I. Le gouvernement du risque (§ 695)
- § II. « L'Etat régulateur » (§ 699)

Section II. L'émergence de la régulation sociale au sein du Marché commun (§ 701)

- § I. La reconnaissance de la régulation sociale (§ 703)
 - A. La naissance en marge du Marché commun (§ 704)
 - B. L'évolution des méthodes d'harmonisation (§ 706)
- § II. La reconnaissance mutuelle (§ 709)
- § III. L'élargissement de la panoplie des instruments (§ 712)

Section III. Les principes de la régulation sociale (§ 714)

- § I. Le principe de l'innovation (§ 716)
 - A. La recherche d'une nouvelle forme d'équilibre (§ 717)
 - B. L'adaptation d'un principe d'entreprise (§ 720)
- § II. Le principe de subsidiarité (§ 724)
 - A. Le besoin de flexibilité (§ 725)
 - B. Le contenu procédural (§ 728)
- § III. Les caractères généraux de la régulation sociale (§ 733)
 - A. Une régulation « intégrée » (§ 734)
 - B. Une régulation fondée sur « le dernier état des techniques » (§ 737)
 - C. Une régulation axée sur le consensus (§ 739)

Chapitre II. L'ordre administratif de la régulation sociale (§ 742)

Section I. La mutation des instruments normatifs (§ 744)

- § I. La pluralité des procédures (§ 746)
 - A. Les procédures normatives (§ 747)
 1. Les procédures d'adaptation (§ 748)
 2. Les procédures d'homologation (§ 750)
 - B. Les procédures individuelles (§ 751)
 - C. Les procédures intermédiaires (§ 752)
- § II. L'information, mode général de régulation (§ 753)

Section II. La dynamique institutionnelle de la régulation sociale (§ 757)

- § I. Délégation et exécution (§ 758)

- A. Le régime de la délégation (§ 759)
- B. Les pouvoirs de la Commission (§ 762)
- § II. Délégation et comités (§ 765)
- § III. Délégation, agences et organes de normalisation (§ 768)
 - A. Les agences européennes (§ 770)
 - 1. La « doctrine Meroni » (§ 772)
 - 2. Les agences de la régulation sociale (§ 777)
 - B. Les organes privés de normalisation (§ 780)

Section III. La légitimité de l'action administrative (§ 785)

- § I. Un système d'administration en réseau (§ 786)
- § II. Les méthodes de légitimation (§ 787)
 - A. Le retour au Législateur (§ 789)
 - B. La légitimation par l'expertise (§ 791)
 - C. La légitimité par les procédures (§ 793)

Chapitre III. La place du formalisme procédural (§ 796)

Section I. Une transposition ambiguë (§ 797)

- § I. Deux interprétations de la procédure (§ 798)
- § II. De « *audi alteram partem* » à « *Quod Omnes Tangit* » (§ 802)

Section II. Les politiques procédurales (§ 807)

- § I. La nouvelle gouvernance administrative (§ 808)
- § II. Le modèle du management (§ 811)

Section III. Un « retour au droit »? (§ 813)

- § I. Le refus du formalisme (§ 814)
- § II. La fonction du formalisme procédural (§ 816)

Titre II. L'OUVERTURE DU PROCESSUS DE DECISION (§ 823)

Chapitre I. Les procédures d'expertise (§ 827)

Section I. La prépondérance de « l'analyse de risque » (§ 829)

- § I. L'organisation du système d'expertise communautaire (§ 830)
 - A. L'intégration de l'expertise dans l'ordre administratif communautaire (§ 831)
 - 1. Expertise et processus d'intégration (§ 832)
 - 2. Expertise, risque et subsidiarité (§ 834)
 - B. Les règles internes de l'expertise (§ 837)
 - 1. L'excellence (§ 838)
 - a) Le principe (§ 839)
 - b) Les applications: un principe largement assuré (§ 842)
 - 2. L'indépendance (§ 845)
 - a) Le principe (§ 846)
 - b) Les applications: un principe constamment menacé (§ 847)
 - 3. La transparence (§ 853)
 - a) Le principe (§ 854)
 - b) Les applications: un principe privilégié (§ 855)
- § II. La recherche du consensus (§ 859)

A. Les procédures de coopération et de coordination scientifiques (§ 860)

1. La coopération scientifique et technique (§ 861)
 - a) La coopération informelle (§ 862)
 - b) La coopération institutionnalisée (§ 865)
2. La coordination et la veille scientifiques (§ 867)
 - a) La coordination (§ 868)
 - b) La veille (§ 871)

B. Le cadre général de la coopération (§ 875)

1. L'idéal d'une « démocratie cognitive » (§ 876)
 - a) Une stricte séparation des pouvoirs (§ 877)
 - b) un principe de démocratie sociale (§ 878)
2. Les limites de l'analyse de risque (§ 879)
 - a) L'exclusion (§ 880)
 - b) L'absence de réelle confrontation (§ 882)

Section II. Les garanties juridiques de l'expertise (§ 885)

§ I. Vers une obligation générale de consultation scientifique? (§ 887)

A. Une jurisprudence innovante (§ 888)

1. La jurisprudence *Angelopharm* (§ 889)
2. La jurisprudence *Pharos* (§ 894)

B. Les limites de l'obligation jurisprudentielle de consultation scientifique (§ 896)

1. Une limite organique (§ 897)
 - a) La justification de la dispense (§ 898)
 - b) Le principe de précaution (§ 900)
2. Une limite matérielle (§ 902)

§ II. Les garanties du contradictoire (§ 904)

A. Le contrôle juridique de l'expertise (§ 906)

1. Le contrôle des décisions fondées sur l'expertise (§ 907)
2. Les garanties protégées (§ 909)
 - a) Le principe d'une responsabilité procédurale (§ 910)
 - b) Une obligation étendue de motivation (§ 912)
 - c) Les incertitudes (§ 913)

B. Une procédure équitable (§ 915)

1. La construction des faits et la réception des valeurs (§ 916)
2. L'expertise contradictoire (§ 918)
 - a) Le pluralisme interne (§ 919)
 - b) Le droit d'être entendu (§ 921)

Chapitre II. Les procédures de participation (§ 924)

Section I. Le développement du « dialogue civil » (§ 926)

§ I. La diversité des formes de participation (§ 927)

A. La protection des parties (§ 928)

1. La procédure devant l'Office de l'harmonisation (§ 929)
2. L'extension du modèle quasi-juridictionnel (§ 932)

B. L'association des intérêts (§ 935)

1. L'émergence du principe d'ouverture (§ 936)
 - a) Une ouverture limitée (§ 937)
 - b) Bruxelles, « ville ouverte » (§ 938)
2. Les formes de l'association (§ 941)

- a) Le dialogue formalisé (§ 942)
- b) Le dialogue décentralisé (§ 945)
- c) Le dialogue informel (§ 947)

§ II. Les modalités et le cadre de la participation (§ 951)

A. Efficacité et légitimité dans les procédures de participation (§ 952)

- 1. Les procédures de comités consultatifs en matière sanitaire (§ 953)
- 2. La représentation des intérêts dans les procédures de normalisation (§ 955)
- 3. Le développement des forums en matière environnementale (§ 961)

B. L'instauration d'un cadre commun (§ 965)

- 1. L'idéal d'une « démocratie participative » (§ 966)
 - a) Le rejet de la judiciarisation (§ 969)
 - b) Le refus de la représentation (§ 976)
- 2. Les limites du dialogue civil (§ 981)
 - a) Des compromis partiels (§ 982)
 - b) Des compromis limités (§ 985)

Section II. La participation impartiale (§ 987)

§ I. Le fondement juridique de la participation (§ 989)

- A. Le problème de l'exclusion des garanties procédurales des procédures normatives (§ 990)
- B. Le principe démocratique, fondement de la participation des partenaires sociaux (§ 995)
 - 1. Le cas de la jurisprudence *UEAPME* (§ 996)
 - 2. Une nouvelle dimension de l'équilibre institutionnel (§ 1001)

§ II. Les modalités d'application du contradictoire (§ 1005)

- A. Vers une démocratie administrative? (§ 1006)
 - 1. Le principe général de bonne administration (§ 1007)
 - 2. « Le principe générateur de la démocratie » (§ 1010)
- B. Les garanties d'autonomie de la procédure (§ 1013)
 - 1. La sélection des intéressés (§ 1014)
 - 2. La responsabilité procédurale de la Commission (§ 1016)
 - 3. La consécration des garanties et ses risques (§ 1019)

Chapitre III. Les procédures de comités (§ 1026)

Section I. L'efficacité des procédures de coordination administrative (§ 1029)

§ I. La controverse institutionnelle: les limites de la « démocratisation » (§ 1031)

- A. Les étapes de la controverse (§ 1032)
 - 1. La Décision 87/373 et les accord successifs (§ 1033)
 - 2. La nouvelle Décision 99/468 (§ 1038)
- B. Les acteurs de la controverse institutionnelle (§ 1044)

§ II. La pratique comitologique: la légitimité de la coordination (§ 1046)

- A. La place des comités dans la régulation sociale (§ 1047)
- B. Les pratiques de la régulation sociale (§ 1049)
 - 1. Le comité permanent des denrées alimentaires (§ 1050)
 - 2. Les comités de normalisation (§ 1052)
 - 3. Le comité pour l'adaptation au progrès scientifique et technique dans le domaine des déchets (§ 1055)
- C. « Le modèle de la fusion » et ses limites (§ 1059)
 - 1. Un partenariat de compétences (§ 1060)
 - 2. Les limites du consensus (§ 1062)

Section II. La recherche de nouvelles « modalités » procédurales (§ 1068)

§ I. La responsabilité de la Commission (§ 1070)

A. La jurisprudence *Rothmans*: vers un fondement juridique de la responsabilité (§ 1071)

B. « L'Administration politique » de la Communauté (§ 1074)

§ II. Le contrôle juridictionnel du régime des comités (§ 1080)

A. « Le bon déroulement des procédures » (§ 1082)

B. La consécration des formes substantielles de procédure (§ 1085)

Titre III. LA CONSTRUCTION DU « BON GOUVERNEMENT » (§ 1090)

Chapitre I. La procédure et l'action (§ 1091)

Section I. La technique de l'enquête (§ 1092)

§ I. La police économique (§ 1093)

§ « L'apprentissage administratif » (§ 1095)

Section II. Le droit de la « contre-enquête » (§ 1097)

§ I. Le sens du formalisme juridique (§ 1098)

§ II. De la procédure au bon gouvernement (§ 1101)

Chapitre II. La procédure et les institutions (§ 1104)

Section I. Vers une procédure impartiale (§ 1105)

§ I. « Le principe d'adéquation » (§ 1107)

§ II. Les garanties de l'impartialité (§ 1117)

A. Un « code des règles procédurales » (§ 1118)

B. Une nouvelle dynamique de la procédure (§ 1121)

Section II. Vers un nouvel équilibre institutionnel (§ 1126)

§ I. Un dispositif collectif de coordination (§ 1127)

§ II. Une nouvelle distribution des responsabilités (§ 1136)

A. Un nouveau partage des fonctions (§ 1137)

B. Un nouvel équilibre des institutions (§ 1141)

Section III. La justice dans la procédure (§ 1144)

CONCLUSION GENERALE (§ 1151)

LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES, ACRONYMES

INDEX

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

